



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

CICLO XVII

COORDINATORE Prof. Paolo Borghi

**L'INFLUENZA DEI PRINCIPI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
SULL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA NAZIONALE**

Settore Scientifico Disciplinare IUS/14

Dottorando
Dott. Vella Pasquale

Tutore
Prof. Gardini Gianluca

Anni 2012/2014

INDICE

Introduzione.....	V
--------------------------	----------

CAPITOLO I

I PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO

1. Premessa.....	1
2. I principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea.....	4
2.1. La tecnica di selezione dei principi non scritti del diritto europeo.....	7
3. I principi generali del diritto amministrativo europeo elaborati dalla Corte di Giustizia.....	12
3.1. Il principio di tutela del legittimo affidamento e la certezza del diritto.....	14
3.1.1. Il principio della tutela del legittimo affidamento in Italia.....	23
3.2. Il principio di proporzionalità nell'ordinamento giuridico europeo.....	26
3.2.1. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa italiana.....	32
3.3. Il principio di responsabilità e l'obbligo risarcitorio.....	35
3.4. Il principio di precauzione.....	38
4. I diritti fondamentali quali principi generali del diritto europeo.....	41
5. Il «diritto» ad una buona amministrazione pubblica in ambito europeo.....	45

CAPITOLO II

I PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO EUROPEO E L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA NAZIONALE

1. Il principio delle competenze di attribuzione: i principi di sussidiarietà e proporzionalità.....	49
1.1. La clausola di flessibilità e la teoria dei poteri impliciti.....	55
1.1.1. Poteri impliciti e principio di legalità nell'ordinamento giuridico italiano-brevi cenni.....	58
2. L'effetto diretto e il primato del diritto dell'Unione europea.....	64
2.1. L'effetto diretto delle norme dell'Unione europea. La distinzione tra effetto diretto diretta applicabilità. I principi generali e l'effetto diretto.....	66
2.1.1. L'effetto diretto dei principi generali del diritto dell'Unione europea...	74

3. Il significato del rinvio ai «principi dell'ordinamento comunitario» contenuto nell'art.1, comma 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241: il superamento del concetto di situazioni meramente interne.....	76
3.1. Il riferimento ai «principi dell'ordinamento comunitario».....	77
3.2. Il rinvio «mobile» ai principi dell'ordinamento europeo.....	78
3.3. Implicazioni del rinvio operato dall'art.1, comma1 della legge 7 agosto 1990, n.241.....	80

CAPITOLO III

IL REGIME DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE CONTRASTANTE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. Premessa.....	85
2. La patologia dell'atto amministrativo per violazione del diritto europeo.....	88
2.1. Illegittimità diretta e indiretta.....	91
2.2. L'atto amministrativo nazionale in contrasto con una norma europea direttamente applicabile.....	92
3. Il regime di invalidità dell'atto amministrativo «anticomunitario».....	96
3.1. La teoria della disapplicazione in ogni tempo.....	97
3.1.1. La giurisprudenza della Corte di giustizia.....	99
3.1.2. L'orientamento della giurisprudenza amministrativa italiana.....	107
3.2. La teoria della nullità.....	112
3.3. L'annullabilità dell'atto amministrativo «anticomunitario».....	116
3.4. La tesi intermedia tra l'annullabilità e la nullità.....	119
4. Invalidità dell'atto amministrativo per violazione del diritto UE e autotutela amministrativa.....	122
4.1. L'autotutela amministrativa-brevi cenni.....	123
4.2. Atto amministrativo «anticomunitario» e autotutela amministrativa.....	131
4.2.1. La posizione del giudice interno.....	133
4.2.2. La posizione della Corte di giustizia.....	135
4.3. Considerazioni di sintesi.....	141

CAPITOLO IV

L' INFLUENZA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA SULLE REGOLE CHE GOVERNANO LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. Premessa: la responsabilità da provvedimento illegittimo nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale nazionale.....	143
1.1. Il c.d. dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo.....	146

1.2. L'avvento del diritto comunitario ed il superamento dell'assioma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo nel diritto positivo.....	149
1.3. La sentenza Cassazione civile, Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n.500: il superamento del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi.....	156
1.4. Il Codice del Processo Amministrativo e la definitiva consacrazione del principio della risarcibilità degli interessi legittimi.....	161
2. Il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni cagionati da attività provvedimentoale.....	162
2.1. La tesi che riconduce la lesione da interesse legittimo alla responsabilità extracontrattuale.....	163
2.2. I rilievi critici mossi alla tesi della responsabilità extracontrattuale: la tesi della responsabilità contrattuale per inadempimento di obblighi nascenti da «contatto amministrativo qualificato».....	163
2.3. La tesi della responsabilità precontrattuale.....	169
3. La responsabilità della Pubblica Amministrazione: analisi degli elementi costitutivi.....	174
3.1. Gli elementi oggettivi dell'illecito.....	175
3.1.1. Il danno.....	175
3.1.1.1. Il danno da ritardo.....	178
3.1.1.2. Il danno da disturbo.....	184
3.1.2. L'ingiustizia del danno: l'illegittimità dell'attività amministrativa.....	185
3.1.3. Il nesso di causalità.....	189
3.2. L'elemento soggettivo.....	191
3.2.1. La concezione della <i>culpa in re ipsa</i> , insita nel carattere illegittimo dell'atto amministrativo, fonte della lesione della posizione giuridica soggettiva del privato.....	192
3.2.2. La sentenza della Cassazione, Sezioni Unite n.500 del 22 luglio 1999: la colpa di apparato.....	193
3.2.3. La valorizzazione degli indici di colpevolezza della P.A. di matrice europea.....	195
3.2.4. L'inquadramento dell'elemento della colpa amministrativa nell'alveo della responsabilità contrattuale, per effetto della teoria del «contatto sociale qualificato».....	196
3.2.5. La riaffermazione dell'inquadramento nel modello di responsabilità aquiliana: l'elaborazione di un regime semplificato dell'onere probatorio a carico del privato.....	197
3.2.6 L'elaborazione delle figure sintomatiche idonee ad integrare la presunzione di colpa della Pubblica Amministrazione.....	198
3.3. Il rilievo della colpa alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia....	203
Considerazioni conclusive.....	211
Bibliografia.....	217

INTRODUZIONE

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea i principi giuridici svolgono un ruolo fondamentale, apportando un contributo essenziale al progressivo sviluppo del fenomeno unionista.

Alcuni principi del diritto europeo sono raccolti e fissati solennemente nei Trattati, ma la maggior parte di essi risultano essere principi non scritti di elaborazione prettamente giurisprudenziale. Questi ultimi costituiscono il prodotto della costante opera interpretativa e di un sistematico lavoro di ricostruzione della Corte di giustizia, la quale, attraverso le proprie pronunce interpreta, enuclea, ricostruisce, elabora e conferisce ordine sistematico ai principi giuridici, anche attraverso l'analisi della legislazione e della giurisprudenza dei vari Stati membri.

In tale contesto, grande rilievo assume la profonda interazione dell'attività amministrativa europea con quella nazionale. L'influenza del diritto europeo ha, infatti, comportato, attraverso una progressiva assimilazione ed omogeneizzazione dei principi all'interno degli Stati membri, la progressiva «europeizzazione» di tutto il diritto amministrativo nazionale. Tale fenomeno si è spinto al di là del mero ambito delle materie istituzionalmente di competenza dell'Unione europea. In particolare, i principi generali, nell'esprimere tutta la propria forza uniformante del loro essere, per l'appunto, «generali», hanno manifestato quella capacità del diritto amministrativo europeo di generare fenomeni di convergenza ed armonizzazione sui diritti amministrativi degli Stati membri.

Attesa la fondamentale importanza rivestita dai principi giuridici dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea per il lo sviluppo del diritto amministrativo nazionale, il primo capitolo del presente lavoro si pone l'obiettivo di individuare i principi europei che risultano maggiormente innovativi e che presentano una significativa incidenza sull'attività amministrativa nazionale.

Nel secondo capitolo, ponendo attenzione all'ordinamento giuridico italiano e in particolar modo alla legge 7 agosto 1990, n. 241, si è proceduto all'analisi delle implicazioni della previsione di cui all'art.1, comma 1, della legge n. 241/1990 che, a seguito della novella legislativa di cui alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, è stato riformulato con l'intento di arricchire il catalogo dei principi generali dell'attività

amministrativa ivi enunciati.

Una volta individuati i principi europei di maggiore impatto sull'azione della Pubblica Amministrazione e chiarita la portata e gli effetti del rinvio ai «principi dell'ordinamento comunitario», operato dall'art.1, comma 1, della legge n. 241/1990, si è proceduto, nell'ambito del terzo capitolo, all'analisi del regime dell'atto amministrativo nazionale contrastante con il diritto dell'Unione europea. In particolare, tenuto conto che l'attitudine del diritto europeo nel condizionare il diritto interno si manifesta anche sul versante della patologia dell'atto amministrativo, si è proceduto all'analisi del regime giuridico dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto dell'Unione europea e all'esame delle ricadute sul diritto sostanziale nazionale.

In ultimo, nel quarto capitolo, si è proceduto ad approfondire la tematica relativa all'influenza del diritto dell'Unione europea sulle regole che governano la responsabilità della Pubblica Amministrazione. In tale ambito, centrale importanza ha rivestito l'analisi del fondamentale ruolo svolto dall'ordinamento giuridico europeo nel determinare la caduta del c.d. dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi.

CAPITOLO I

I PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. - 2.1. La tecnica di selezione dei principi non scritti del diritto europeo. - 3. I principi generali del diritto amministrativo europeo elaborati dalla Corte di Giustizia. - 3.1. Il principio di tutela del legittimo affidamento e la certezza del diritto. - 3.1.1. Il principio della tutela del legittimo affidamento in Italia. - 3.2. Il principio di proporzionalità nell'ordinamento giuridico europeo. - 3.2.1. Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa italiana. - 3.3. Il principio di responsabilità e l'obbligo risarcitorio. - 3.4. Il principio di precauzione. - 4. I diritti fondamentali quali principi generali del diritto europeo. - 5. Il «diritto» ad una buona amministrazione pubblica in ambito europeo.

1. PREMESSA

Ogni ordinamento giuridico è permeato di principi generali. La loro principale funzione è quella di colmare lacune, fornire criteri interpretativi e riferimenti di valore. Essi svolgono in sintesi una funzione costitutiva dell'ordine giuridico¹.

I principi generali sono norme che appartengono all'ordinamento giuridico, norme fondamentali o generalissime del sistema. La loro natura normativa è dimostrata innanzitutto dal fatto che i principi generali sono estratti da norme attraverso un procedimento di generalizzazione successiva e, pertanto, sono anch'essi norme. La funzione per cui sono estratti ed utilizzati è quella stessa che è adempiuta da tutte le norme, cioè la funzione di regolare un caso concreto².

Negli ordinamenti giuridici esistono diverse tipologie di principi giuridici. Si possono

¹ «È principalmente sui principi che si va costruendo l'unità giuridica europea e che si va facendo strada quell'ancora esiguo rigagnolo di unità giuridica planetaria che porta con sé l'*humus* fecondante dei diritti dell'uomo». Così A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *Atti dei convegni Lincei. Convegno sul tema: I principi generali del diritto*, (Roma, 27-29 maggio 1991), Roma, 1992, p. 12.

² Cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 271. L'illustre autore in merito alla natura dei principi generali del diritto così scrive: «Il nome di principi trae in inganno, tanto che è vecchia questione tra i giuristi se i principi generali siano norme. Per me non c'è dubbio: i principi generali sono norme come tutte le altre».

distinguere principi «espressi» previsti da leggi costituzionali o da leggi ordinarie e «principi senza testo» che, definiti anche «inespressi», vengono ricavati per astrazione da specifiche norme. In particolare, tali ultimi principi vengono formulati dagli interpreti i quali, attraverso la comparazione di norme apparentemente diverse fra loro, cercano di cogliere quello che comunemente viene definito «lo spirito del sistema»³.

Proprio per la loro funzione costitutiva i principi si distinguono dalle regole, le quali non hanno alcuna forza costitutiva, esaurendo in se stesse la loro portata; solo i principi, in quanto espressione di una determinata civiltà giuridica, hanno un valore costitutivo.

Ulteriore fondamentale caratteristica dei principi è data, nella maggior parte dei casi, dall'assenza di fattispecie. Ai principi, infatti, a differenza che alle regole, è possibile, di norma, dare un significato operativo soltanto facendoli reagire con un caso particolare; di contro l'ambito di applicazione delle regole è generalmente determinato con precisione. Aderendo ad autorevole dottrina si può allora affermare che alle regole «si ubbidisce», mentre invece ai principi «si aderisce»⁴.

Al riguardo, è utile precisare che tra regole, principi e valori, intesi questi ultimi come idealità civili alle quali si ispira l'ordine giuridico, esiste una stretta connessione logica, uno stretto nesso di congruenza, costitutivo della validità del diritto: la regola presuppone un principio che a sua volta rinvia ad un valore. Pertanto, è possibile affermare che «non c'è regola che non corrisponda ad un principio e non c'è principio che non rinvii ad un valore; ciò significa che i principi sono il *medium* tra valori e regole: essi sono norme che

³ All'interno della categoria dei principi giuridici è possibile distinguere i «principi comuni o inespressi» ed i «principi fondamentali o espressi». I primi sono «le direttive ricavate induttivamente dalle norme ordinarie dell'intero sistema normativo o di sue parti omogenee (istituti o materie) che sorreggono razionalmente e dall'interno la totalità sistematica dell'ordinamento giuridico ed i suoi sottosistemi». I secondi sono «gli obiettivi ed i valori posti dal legislatore alla sommità dell'ordinamento giuridico perché verso di essi si indirizzi, nella sua vocazione al miglioramento, lo stile di vita della società», così A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *Atti dei convegni Lincei*, cit., p. 13. Con riguardo ai principi «inespressi», N. BOBBIO ha sostenuto che i principi generali indicati dall'art. 12 disp. prel., quali strumenti di interpretazione della legge, sono soltanto quelli «inespressi». Il citato articolo riguarda le lacune ed i mezzi per completarle: dove i principi generali sono «espressi», attesa la loro natura normativa, non si può parlare di lacuna. «La prima condizione per cui si possa parlare di lacuna è che il caso non sia regolato: il caso non è regolato quando non esiste nessuna norma espressa, né specifica né generale né generalissima, che lo riguarda, cioè quando, oltre alla mancanza di una norma specifica che lo riguardi, anche il principio generale, entro cui potrebbe esser fatto rientrare, non è espresso», così N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 272-273. Sull'argomento cfr. anche A. PIZZORUSSO, *I principi generali del diritto: l'esperienza pubblicistica*, in *Atti dei convegni Lincei*, cit., pp. 239-242.

⁴ «In breve, alle regole “si ubbidisce”, e perciò è importante stabilire con precisione i precetti che il legislatore enuncia per mezzo delle formulazioni che le contengono; ai principi “si aderisce” e perciò è importante comprendere il mondo dei valori, le grandi opzioni di civiltà giuridica di cui sono parti, alle quali le parole non fanno che una semplice allusione. [...] Poiché non hanno “fattispecie”, ai principi, a differenza che alle regole, non può darsi alcun significato operativo se non facendoli “reagire” con qualche caso particolare. Il loro significato non è determinabile in astratto, ma solo in concreto e solo in concreto se ne può intendere la portata», così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 149.

impongono la massima realizzazione di un valore, che dovrà concretizzarsi in regole»⁵.

In tale ambito occorre evidenziare che la «codificazione» di un principio può anche comportare la concreta e puntuale previsione della fattispecie applicativa del principio stesso. Questo è accaduto, ad esempio, con gli istituti procedurali della partecipazione al procedimento amministrativo, dell'accesso alla documentazione amministrativa e della motivazione degli atti giuridici, che generati, anche in ambito europeo, come principi, hanno poi trovato concreta regolamentazione nelle norme disciplinanti il procedimento amministrativo.

L'uso dei principi può contribuire, soprattutto nel diritto amministrativo, a raggiungere risultati di rilievo. Innanzitutto, un impiego equilibrato dei principi può attenuare il caos e la frammentazione derivante dalla moltiplicazione delle normative speciali, costituendo il necessario completamento delle codificazioni. In secondo luogo, i principi generali costituiscono un utile ponte fra le tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law*, atteso il ruolo determinante assunto dai giudici nella compiuta definizione dei principi⁶.

Infine, ed è questo l'elemento di fondamentale importanza per il diritto amministrativo, i principi giocano sempre più a favore del potenziamento dei diritti e delle libertà degli amministrati nei confronti delle pubbliche autorità. Il potenziamento dei diritti attraverso i principi, si basa su una solida revisione dei rapporti tra Amministrazione pubblica e amministrati, che muove dalle soluzioni offerte dai giudici ai problemi concreti. Tutto ciò in un ambito nel quale l'interprete ricava i principi dall'ordinamento vigente nazionale e ultranazionale e non al di là di esso⁷.

⁵ P. STANZIONE, B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, p. 2.

⁶ In un contesto nel quale il diritto positivo viene modificato rapidamente, cominciano ad affermarsi diverse modalità di approccio alla produzione normativa, fra le quali quella del «diritto per principi» sta assumendo un ruolo sempre più importante. I principi, se sufficientemente chiari nel loro contenuto essenziale, garantiscono quella durata nel tempo e, insieme, quella flessibilità che le norme, ancorate in modo rigido a fattispecie che sono oggi in continua trasformazione, non riescono più ad assicurare. Nell'ambito di tale evoluzione, fondamentale ruolo riveste la penetrazione di principi di diritto internazionale e sovranazionale negli ordinamenti interni. La «comunicazione» tra ordinamenti «ha ridotto sensibilmente le distanze fra due diverse concezioni del diritto, a lungo considerate come opposte, come quelle che si richiamano alle tradizioni di *common law* di *civil law*». Così, D. AMIRANTE, *I principi nell'evoluzione del diritto contemporaneo: note minime introduttive*, in *La forza normativa dei principi, il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, a cura di D. AMIRANTE, Padova, 2006, pp. 9-11.

⁷ «In tal modo, l'uso dei principi contribuisce a superare sia i pericoli del «diritto libero», sia le strettoie del «positivismo legalista» e statalista, a favore di un diritto positivo di ben più ampia portata e basato su intersezioni giuridiche fra dimensioni nazionali e ultrastatali». M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D'ALBERTI, Bologna, 2010, pp. 64-65.

2. I PRINCIPI GENERALI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO DELL'UNIONE EUROPEA

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea i principi svolgono un ruolo fondamentale, apportando un contributo essenziale allo sviluppo progressivo del fenomeno unionista.

I Trattati istitutivi attribuiscono uno *status* particolare ai principi generali del diritto europeo, annoverando in questa categoria «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni» agli ordinamenti degli Stati membri (art. 6, par. 3 TUE). Quest'ultima disposizione assume una particolare rilevanza in quanto, da un lato, riconosce espressamente l'esistenza dei principi generali del diritto europeo, mentre dall'altro chiarisce che i diritti fondamentali dell'uomo fanno parte di tale categoria giuridica.

Altrettanto fanno talune norme di diritto derivato, come il Regolamento (CE) n. 1/2003, del Consiglio del 16 dicembre 2003, sull'applicazione delle regole sulla concorrenza, in base al quale le autorità antitrust e le autorità nazionali possono prescindere da talune regole in materia di controllo delle fusioni, ma non dai principi generali⁸.

Alcuni principi del diritto europeo sono raccolti e fissati solennemente nei Trattati, ma la maggior parte di essi risultano essere principi non scritti di elaborazione prettamente giurisprudenziale. Questi ultimi costituiscono il prodotto della costante opera interpretativa e di un sistematico lavoro di ricostruzione della Corte di giustizia, la quale, attraverso le proprie pronunce interpreta, enuclea, ricostruisce, elabora e conferisce ordine sistematico ai citati principi, anche attraverso l'analisi della legislazione, della giurisprudenza, e della dottrina dei vari Stati membri⁹.

In base ad un primo fondamentale criterio classificatorio i principi generali possono essere divisi in due grandi categorie. Da un lato, si distinguono i principi originari del

⁸ L'art. 3, paragrafo 3 del Regolamento (CE) n. 1/2003 stabilisce che «fatti salvi i principi generali ed altre disposizioni di diritto comunitario, i paragrafi 1 e 2 non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni, né precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli» 101 e 102 TFUE.

⁹ Come evidenziato da acuta dottrina la «collocazione dei principi generali di diritto, tra il diritto scritto e la giurisprudenza creativa della Corte, pare coerente con una delle principali peculiarità dell'ordinamento europeo, cioè quella di essere il risultato della fusione di due tradizioni giuridiche diverse: quella di *civil law* e quella di *common law*». Così S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, p. 35.

diritto europeo, vale a dire quei principi che la giurisprudenza europea ha ricavato dal diritto primario e dal diritto derivato, dall'altro i principi che sono stati elaborati all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri e che la Corte di Giustizia ha elevato al rango di patrimonio comune dell'Unione.

In dottrina sono stati avanzati ulteriori criteri di classificazione dei principi generali del diritto europeo, tali classificazioni presentano ovviamente ampi margini di sovrapposizione e rendono, talvolta, incerto l'inserimento di un dato principio in una categoria piuttosto che in un'altra.

Al riguardo, va evidenziato che in dottrina è stata proposta una bipartizione, basata su un criterio legato all'importanza rivestita dai principi ai fini della qualificazione del sistema giuridico dell'Unione e precisamente tra:

- i) principi «costituzionali», in quanto afferenti agli elementi strutturali dell'ordinamento giuridico;
- ii) principi generali di carattere più definito, ovvero meno qualificante del sistema complessivo¹⁰.

Altri autori hanno proposto una distinzione fondata sulla «diffusione» e sulla relativa forza giuridica dei principi e segnatamente tra:

- i) principi generali di diritto relativi ad ogni sistema giuridico;
- ii) principi generali propri dell'Unione europea, in quanto strettamente legati e, pertanto, tipici di tale ordinamento giuridico¹¹.

Altra dottrina nel riprendere i precedenti criteri di classificazione ha, invece, proposto la seguente tripartizione:

- i) principi «costituzionali» del diritto europeo, in quanto identificano gli elementi essenziali costituenti dell'ordinamento giuridico europeo;
- ii) principi generali dell'ordinamento giuridico europeo, ricavabili soprattutto dalla

¹⁰ I principi costituzionali rappresentano la base di altre disposizioni. Tra i principi generali, dunque, ce ne sono alcuni più generali di altri e con una diversa forza giuridica, dato che i principi fondamentali sono allo stesso tempo un parametro di giudizio di altre disposizioni e direttamente efficaci nei confronti dei soggetti dell'ordinamento. Così M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, p. 179.

¹¹ Così S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 35-36. Al riguardo, l'autore dopo aver specificato che i principi appartenenti alla prima categoria, vengo ricavati dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri e successivamente fatti propri dal sistema europeo, mette in rilievo il fatto che non si tratta semplicemente di principi «presi a prestito dai sistemi giuridici nazionali, bensì di principi dotati pur sempre di una natura originariamente europea. Tale circostanza dipende dal fatto che la Corte di giustizia [...] nella sua opera di elaborazione dei principi generali, non si è limitata a trapiantare nel sistema dell'Unione europea principi propri di altri ordinamenti giuridici, ma li ha altresì modellati adeguandoli alle specifiche esigenze e peculiarità del sistema europeo attraverso una ricostruzione di tali principi autonoma e, in definitiva, creativa.

giurisprudenza della Corte di Giustizia. In alcuni casi, peraltro, essi si fondono con i principi di ordine costituzionale;

- iii) principi generali delle singole politiche o materie, ricavabili sia dalle disposizioni normative del Trattato, sia dalla complessiva analisi degli atti di diritto derivato¹².

Prescindendo dalle singole classificazioni, ai principi generali che delineano aspetti fondamentali o «costituzionali» dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea va riconosciuta la medesima valenza delle disposizioni dei Trattati istitutivi. Essi si collocano, dunque, in posizione sovraordinata rispetto a qualsiasi altra fonte del diritto europeo derivato, costituendo altresì un parametro di legittimità degli atti adottati sia dalle istituzioni europee, che dagli Stati membri.

Diversa è, invece, la collocazione da riservare ai principi generali che non esplicando principi costituzionali dell'Unione europea, si situano «in una posizione intermedia fra il Trattato e gli atti delle istituzioni». Essi risultano subordinati al Trattato in quanto attengono alla sua applicazione; sono, di contro, sovraordinati agli atti delle istituzioni europee «in quanto è consentita l'impugnazione di tali atti nel caso di violazione delle regole giuridiche nel cui ambito sono compresi i principi generali»¹³.

Nell'ambito dell'ordinamento europeo i principi generali ordinando e sistematizzando una molteplicità di regole particolari collegate tra loro in base alla natura, all'oggetto ed al fine, svolgono una funzione sia interpretativa che normativa¹⁴.

Nell'ambito dell'ordinamento europeo i principi assolvono tendenzialmente a tre principali finalità. In particolare, essi operano quali criteri:

- i) interpretativi delle norme scritte dell'Unione europea;
- ii) integrativi delle predette norme;
- iii) valutativi della legittimità degli atti emanati dalle istituzioni europee e dalle autorità degli Stati membri.

Le prime due funzioni si ricollegano alla nota settorialità ed incompletezza dell'ordinamento giuridico europeo; ciò ha comportato la necessità per la Corte di giustizia di disporre da un lato, di idonei parametri interpretativi per chiarire la portata delle norme di diritto primario e derivato e dall'altro di strumenti idonei ad integrare le citate norme, ogni qualvolta la fattispecie al suo esame non risulta compiutamente disciplinata dalle fonti

¹² Così E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, pp.14-28.

¹³ Così G. A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Roma, 2012, pp.67-67.

¹⁴ «Anche nell'ordinamento europeo all'espressione "principi generali" possono essere attribuiti significati diversi e, proprio per questa ragione, essi devono essere accertati e non interpretati». M.C. CICIPIELLO, *L'Unione europea e i suoi principi giuridici*, Napoli, 2010, p. 152.

scritte.

In sintesi, nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo, i principi si configurano come norme idonee a creare diritti e obblighi, costituiscono, dunque, una fonte propria dell'ordine giuridico positivo, comprendente determinati canoni di valori tratti per astrazione non solo da norme concrete dell'ordinamento europeo, ma anche da elementi comuni agli ordinamenti degli Stati membri¹⁵.

2.1. LA TECNICA DI SELEZIONE DEI PRINCIPI NON SCRITTI DEL DIRITTO EUROPEO

Nell'arco di cinquant'anni, la Corte ha radicato nell'ordinamento giuridico comunitario il proprio potere di individuazione dei principi.

Nei primi decenni di vita della Comunità la teoria dei principi generali quale meccanismo integrativo del diritto nasce dall'esigenza di reperire regole che consentissero di risolvere i problemi, cui l'esiguità delle fonti scritte non sempre permetteva di fornire risposta¹⁶.

Esempio paradigmatico è dato dal caso Algera¹⁷. Nel 1957, la Corte di giustizia della CECA, dovendosi occupare per la prima volta della legittimità della revoca di una decisione comunitaria (si trattava, in particolare, di atti amministrativi individuali relativi al personale dipendente della Comunità), si trovò ad affrontare il problema dell'assenza di un parametro legale idoneo a giudicare della conformità al diritto di quanto sottoposto al suo vaglio.

In particolare, la Corte, nel giudicare della legittimità di un atto di ritiro di un provvedimento in materia di personale dipendente dell'Alta Autorità della CECA, constatò

¹⁵ Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 108. Nello stesso senso S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 12, per il quale i principi generali del diritto (come gli accordi internazionali conclusi dall'Unione) si collocano «in posizione mediana tra il diritto primario e quello derivato».

¹⁶ Al riguardo va evidenziato che i motivi che hanno portato la Corte di Giustizia ad elaborare i principi generali vengono tradizionalmente ravvisati nella «c.d. incompletezza del sistema europeo conseguente alla natura settoriale dello stesso. [...] Da tale circostanza scaturisce la necessità che la natura settoriale e talvolta altamente tecnica delle singole norme non si ponga quale limite all'unitarietà del sistema giuridico». Così S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 19.

¹⁷ Circa la possibilità di una revoca dei citati atti amministrativi la Corte afferma che: «trattasi di un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i paesi della comunità ma per la cui soluzione il trattato non contiene alcuna norma giuridica. La Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei paesi membri». Corte di Giustizia, sentenza 12 luglio 1957, cause riunite C-7/56, C-3-7/57, *Algera Dineke e altri c. Alta Autorità*, in D.U. GALETTA, G. BOTTINO, *Materiali per un corso di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2008, pp. 121-122.

che nessuna disposizione del Trattato prevedeva in quali condizioni e con quali modalità un atto amministrativo, ampliativo della sfera giuridica soggettiva, potesse essere reso inoperante dall'amministrazione che lo aveva emanato. Poiché non poteva denegare giustizia, la Corte stabilì che avrebbe dovuto «risolvere il problema informandosi alla legge, alla dottrina e alla giurisprudenza dei Paesi membri». Sulla base della comparazione degli ordinamenti dei sei stati membri la Corte ricavò l'esistenza del principio generale della certezza del diritto e, implicitamente, della tutela del legittimo affidamento del destinatario dell'atto, destinato a prevalere sull'interesse dell'amministrazione a revocare una precedente decisione.

Negli anni '70 del secolo scorso i principi si moltiplicano e acquistano caratteri sempre più netti e precisi. Alla fine del decennio successivo, la Corte ne afferma espressamente il carattere vincolante non solo per le istituzioni comunitarie, ma anche nei confronti degli Stati membri quando applicano il diritto europeo¹⁸. Al fenomeno di implementazione dei principi generali comunitari è poi seguita la tendenza alla loro formalizzazione nel diritto comunitario primario con l'espressa previsione nei Trattati e il conferimento a molti di essi di una natura costituzionale.

Attualmente i principi generali costituiscono un sistema aperto che, sebbene in parte codificato nelle successive versioni dei trattati e nel diritto derivato, viene costantemente integrato, atteso che la Corte continua ad avvalersi del suo potere di individuazione dei principi.

La Corte di Giustizia ha individuato la base positiva del suo potere di estrapolare principi dai diritti nazionali (qualora i principi non siano ricavabili in via interpretativa dalle disposizioni del diritto europeo) e di incorporarli successivamente nel diritto europeo, in talune disposizioni contenute nei Trattati. In tale contesto, vengono in evidenza le norme che affidano al giudice di Lussemburgo il compito di assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» (art. 19 TUE) e di verificare la legittimità degli atti degli organi comunitari in relazione ai Trattati ed a «qualsiasi regola di

¹⁸ Corte di giustizia, sentenza 19 novembre 1990, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovic A. e Bonifaci D. e altri, c. Repubblica italiana*; Corte di Giustizia, sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e altri*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, in particolare punto n. 20, ove la Corte ha considerato che «è incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino, anche temporaneamente, alla piena efficacia delle norme comunitarie».

diritto relativa alla loro applicazione» (art. 263 TFUE). In particolare, per quanto concerne la tecnica di individuazione dei principi generali, viene valorizzato il rinvio «ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» operato dall'art. 340 del TFUE, in materia di responsabilità extracontrattuale delle istituzioni europee.

L'individuazione dei principi europei ad opera della Corte è avvenuta e tuttora avviene sulla base della ricognizione e del raffronto delle soluzioni adottate dai vari ordinamenti degli Stati membri dell'Unione. In questo senso, la ricostruzione dei principi è frutto di un'imponente opera di comparazione che è stata sviluppata soprattutto nelle conclusioni degli Avvocati generali.¹⁹

La comparazione consiste nella individuazione delle diverse soluzioni offerte dagli ordinamenti nazionali e nel ricavare da queste, in quanto omogenee, il principio generale comunitario. In tale ottica appare di intuitiva evidenza che l'individuazione dei principi da far diventare poi principi generali del diritto europeo comporta necessariamente un riscontro positivo sulla quantità e qualità della loro ricorrenza negli ordinamenti degli Stati membri, di conseguenza va, di norma, escluso che un principio che solo eccezionalmente ricorre negli ordinamenti degli Stati possa essere assunto come principio generale dell'ordinamento europeo. Va, tuttavia, evidenziato che non può in assoluto escludersi che un principio presente soltanto in alcuni Stati membri, o addirittura presente in uno soltanto di essi, possa essere individuato e, quindi, concretamente utilizzato quale principio giuridico europeo.

Infatti, la Corte di Giustizia seleziona tra le diverse soluzioni adottate nei singoli ordinamenti, quella che in concreto risulta essere più funzionale a perseguire gli scopi del Trattato. In tale ipotesi la Corte utilizza, nell'individuare il principio, la tecnica della c.d. *better law*, ovvero di «integrazione selettiva» dell'ordinamento europeo.

In tale caso la Corte opera una valutazione qualitativa dei principi esistenti negli ordinamenti degli Stati membri, individuando quello che sia pure non generalmente condiviso dai diritti nazionali, permette di elaborare la soluzione tramite cui risolvere il caso concreto.

Il giudizio che presiede alla selezione dei principi generali, al di là del dato quantitativo della mera ricorrenza è, quindi, essenzialmente un giudizio di valore che investe la sostanza del principio rinvenuto nel diritto nazionale e che misura la sua

¹⁹ D. DE PRETIS, *I principi europei del diritto amministrativo europeo*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012, pp. 47-52.

attitudine ad essere utile nell'ambito degli scopi del diritto europeo ed a costituire, dunque, sulla base dell'analisi comparativa condotta, la soluzione che appare la migliore a questi fini²⁰.

Va, inoltre, rilevato che la Corte, nell'opera di individuazione dei principi, ha proceduto ad assegnare ai principi ricavati dagli ordinamenti degli Stati membri, dei contenuti ed degli ambiti di applicazione anche differenti da quelli propri dell'ordinamento di origine. I principi generali dell'ordinamento europeo, seppur ispirati dai sistemi giuridici e dalle tradizioni degli Stati membri, «non sono mai stati importati *sic et simpliciter* nel sistema europeo, essendo oggetto di precisazioni affinamenti e modifiche da parte della Corte di Giustizia che così facendo li ha potuti adattare alle specifiche esigenze e finalità del diritto dell'Unione europea»²¹.

L'aspetto maggiormente caratterizzante la nascita dei principi generali del diritto dell'Unione europea è rappresentato dal circuito del loro passaggio dagli ordinamenti nazionali all'ordinamento europeo e del loro successivo ritorno da quest'ultimo agli ordinamenti nazionali²².

Infatti, a seguito dell'estrapolazione dei principi dagli ordinamenti nazionali e della successiva incorporazione nell'ordinamento europeo, i principi diventano vincolanti non solo per le istituzioni europee, ma anche per gli Stati membri²³. In dottrina è stato messo in risalto l'esistenza di un processo di c.d. *cross-fertilization* tra la gli ordinamenti degli Stati

²⁰ La Corte di Giustizia «procede all'integrazione che – spesso a tratti successivi – compie, effettuandola quanto meno, nelle sue prime e più impegnative prese di posizione, come una integrazione selettiva, perché essa, anche se non decide in modo arbitrario, in quanto trae per le sue statuizioni elementi già ben definiti e sperimentati da ambiti circoscritti (l'ordinamento internazionale e gli ordinamenti degli Stati membri), tali elementi sceglie, appunto seleziona, rimodellandoli e dando decisivo rilievo per la loro concreta utilizzazione a un giudizio che essa esprime sulla loro idoneità a operare in sintonia con la struttura dell'ordinamento comunitario, per la realizzazione degli obiettivi di questo e sulla loro compatibilità con i principi fondamentali dello stesso. E ciò fa non solo in relazione alle lacune dell'ordinamento comunitario alla cui integrazione sia indirizzata a procedere secondo dette linee da espresse disposizioni del diritto scritto, [...] ma anche in relazione a tutte le altre lacune per la cui integrazione il diritto scritto non le fornisca analogo, espresso orientamento. P. MENGOZZI, *Il diritto della Comunità europea*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1990, pp. 254-255.

²¹ Così S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 31.

²² I principi generali del diritto europeo manifestano in vari modi «dei debiti di provenienza nei confronti di alcuni diritti nazionali. I principi sono infatti talvolta declamati e pretesi come “comuni agli Stati membri”, talaltra comunque assunti nell'ordinamento comunitario a seguito di analisi comparatistiche». F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000, p. 4.

²³ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza 27 settembre 1979, causa C-230/78, *spa Eridania-zuccherifici nazionali e spa Società italiana per l'industria degli zuccheri c. Ministro per l'agricoltura e le foreste*, in particolare punti n. 31 e 32; Corte di Giustizia, sentenza 20 giugno 2002, causa C-313/99, *Gerard Mulligan e altri c. Minister for Agriculture and Food, Ireland et Attorney General*; Corte di Giustizia, sentenza 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast e R c. Secretary of State for the Home Department*, in particolare punti n. 91 e 94, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

membri e quello dell'Unione europea; i principi dopo essere stati «esportati» dagli ordinamenti nazionali e rielaborati e sviluppati dai giudici europei, «ritornano» modificati negli ordinamenti nazionali. In sintesi, la formulazione dei principi generali del diritto europeo costituisce il risultato di lungo processo di *cross-fertilization*, in sostanza di una stretta interazione dialettica tra gli ordinamenti degli Stati membri e quello europeo²⁴. Da un lato il rispetto dei principi del diritto europeo si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto dell'unione europea, e dall'altro lato, i principi europei pur trovando origine negli ordinamenti nazionali, vengono a presentare dei profili in parte modificati, ma soprattutto «rinforzati» a seguito della rielaborazione subita nell'ambito europeo e «appaiono pertanto ragionevolmente destinati a trovare, in un gioco di reciproci rispecchiamenti, rinnovata applicazione nei medesimi ordinamenti nazionali anche al di là della più ristretta sfera di attuazione del diritto comunitario»²⁵.

In particolare, il fenomeno si caratterizza in primo luogo per i c.d. «effetti di ritorno» (c.d. *feed back effect*). I principi europei, così come interpretati e sviluppati dalla giurisprudenza dell'Unione, determinano infatti sull'ordinamento di origine del principio il progressivo adeguamento della giurisprudenza nazionale alle linee di sviluppo identificate dai giudici di Lussemburgo. In secondo luogo, l'applicazione dei principi europei penetra anche negli ordinamenti degli altri Stati membri diventando vincolante non solo in tutte le fattispecie di diretta rilevanza per il diritto europeo, bensì anche nelle vicende aventi rilevanza soltanto per il diritto interno (c.d. *spill over effect*).

Le ragioni del fenomeno del c.d. *spill over* sono da ricondurre, innanzitutto, alla necessità di evitare discriminazioni nei casi in cui l'applicazione del diritto europeo produca un trattamento giuridico più favorevole di quello riservato alla medesima situazione dal diritto interno. Il secondo motivo si collega al fatto che la tutela giurisdizionale dei diritti sanciti dall'ordinamento europeo è affidata ai giudici nazionali;

²⁴ Cfr. J. NERGHELIUS, *The role of general principles of law within EU law: some theoretical and practical reflection*, in *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, a cura di D. AMIRANTE, Padova, 2006, pp. 84-85.

Sul tema dell'influenza dei principi generali europei sui diritti nazionali degli Stati membri di particolare interesse risulta essere la teoria sviluppata da R. DE LA FERIA, *Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of Law*, in *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, a cura di R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER, Oxford and Portland, Oregon, 2011, p. XXI. L'autore indica il fenomeno con il termine di «reverberation» per indicare il processo di creazione e sviluppo dei principi europei. «*Like a sound wave, the reverberation of principle development progressively spreads outward throughout the EU and national legal orders. And like the motion of a wave, there is not only radiating movement, but multi-directional movement back and forth, which for our purposes, means both between the EU judicial arm and the courts and legislatures if the Member States amongst themselves (horizontally)*».

²⁵ Così A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, Milano, 2007, p. 288.

difficilmente, infatti, accade che l'autorità giudiziaria nazionale possa seguire a lungo un sistema binario di parametri di riferimento e applicare di conseguenza criteri e regole differenti a seconda del diritto (nazionale o europeo) concretamente applicato.

Una volta conosciuti e utilizzati, i principi diventano parte del patrimonio culturale e tecnico-giuridico dei giudici nazionali. Di conseguenza, l'ordinamento interno tende ad adeguarsi stabilmente, attraverso un meccanismo di progressiva osmosi, allo standard europeo²⁶.

3. I PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO ELABORATI DALLA CORTE DI GIUSTIZIA

Il concetto di «diritto amministrativo europeo» evoca due diversi fenomeni intimamente connessi. Il primo è costituito dal complesso delle norme che disciplinano l'esercizio della funzione amministrativa all'interno dell'Unione europea, e il secondo, che in qualche modo costituisce la conseguenza del primo, è rappresentato dal complesso di norme che, per effetto dell'influenza del diritto europeo ha determinato la c.d. «omogeneizzazione» della disciplina del diritto amministrativo dei singoli Stati membri.

Con riguardo a quest'ultimo fenomeno, sarebbe forse preferibile usare la formula «europeizzazione» del diritto amministrativo, dal momento che si tratta di un processo tuttora in corso che è ben lontano dall'aver portato ad un assetto stabile.²⁷

Nell'ambito dell'ordinamento europeo si è passati da una iniziale indistinzione tra la funzione normativa e funzione amministrativa, all'affermazione di una vasta ed articolata amministrazione europea e ciò è avvenuto di pari passo con il progressivo ampliamento delle competenze dell'Unione.

Di questo sviluppo ha preso atto il Trattato di Lisbona. Al riguardo, il nuovo art. 298 TFUE stabilisce che «nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente». Tale disposizione, pur non fornendo una definizione positiva della nozione europea di amministrazione, lascia intendere la complessità e la stratificazione del concetto, come

²⁶ «In breve, i principi generali del diritto sono figli dei diritti nazionali che una volta “allevati” dalla Corte di giustizia diventano *enfants terribles*: essi vengono ampliati, ridotti, riassetati e trasformati dall'ecclettico e creativo processo di interpretazione giudiziale». T. TRIDIMAS, *The General Principles of UE law*, Oxford, 2006, p. 6.

²⁷ Cfr. R. GRECO, *Il diritto amministrativo europeo dopo il Trattato di Lisbona*, in www.giustizia-amministrativa.it.

testimoniato dall'inciso per cui la funzione amministrativa è esercitata da «istituzioni, organi e organismi» riconducibili all'Unione europea²⁸.

Attualmente, l'esercizio delle funzioni amministrative da parte dell'Unione avviene tramite un modello pluriorganizzativo nel quale, se da un lato l'organo amministrativo per eccellenza resta la Commissione, dall'altro si assiste allo sviluppo di un'amministrazione «multilivello» fondata sull'interazione tra competenze europee e nazionali.

Va, inoltre, evidenziato il progressivo incremento della dialettica tra le amministrazioni, che ha determinato conseguenze di rilievo anche sul piano delle modalità di esercizio della funzione amministrativa. Si è assistito in numerosi settori alla nascita di procedimenti «composti», ossia caratterizzati da una articolazione in diverse fasi nella sfera europea e nazionale e che vengono conclusi, a seconda dei casi, con provvedimenti europei ovvero con provvedimenti nazionali.

La profonda interazione dell'attività amministrativa europea con quella nazionale ha comportato, attraverso una progressiva assimilazione e omogeneizzazione dei principi all'interno degli Stati membri, alla progressiva «europeizzazione» di tutto il diritto amministrativo, che si spinge al di là del mero ambito delle materie istituzionalmente di competenza dell'Unione europea²⁹. Proprio i principi generali, nell'esprimere tutta la propria forza uniformante del loro essere, per l'appunto, «generali», manifestano quella capacità del diritto amministrativo europeo di generare fenomeni di convergenza ed armonizzazione sui diritti amministrativi degli Stati membri³⁰.

Pertanto, appare di intuitiva evidenza la fondamentale importanza rivestita dai principi

²⁸ La nuova disposizione ha grande importanza in quanto «conferma definitivamente che l'Unione ha una propria amministrazione, diretta (gli organi) ed indiretta (gli organismi, tra cui in particolare le agenzie europee); la quale agisce nel rispetto dei principi elencati nell'art. 298, ma non solo questi, dato che è tenuta al rispetto anche dei numerosi altri principi generali per l'amministrazione (principi di proporzionalità, legittimo affidamento, ecc.)». Così M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, pp. 259-260.

²⁹ «In virtù della sempre più stretta interpenetrazione fra i sistemi amministrativi, provocata e favorita da quel regime di coamministrazione che caratterizza la funzione amministrativa nelle materie (assai numerose) rimesse alla competenza comunitaria: ciò fa sì che quei principi tendano a formare un sistema comune all'una come alle altre». Così F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999, p. 51.

³⁰ Al riguardo è stato riscontrato che «inevitabilmente i principi generali del diritto comunitario, autonomamente elaborati dalla Corte di giustizia pur se con riferimento ai principi e alle tradizioni giuridiche comuni agli ordinamenti nazionali, sono penetrati tra le fonti dei diritti nazionali, affievolendo la specificità tradizionale dei diritti amministrativi di quegli Stati. Ne è nata una nuova *Koinè* giuridica, nella quale anche la consueta distinzione tra ordinamenti di *common law* e ordinamenti continentali a *diritto amministrativo* ha perso parte almeno della sua rilevanza e per la cui formazione il terreno di incontro rappresentato dal diritto comunitario in senso stretto è stato per certi aspetti sopravanzato dagli scambi, dai trapianti e dalle ibridazioni, che spontaneamente si sono realizzati, in più direzioni, tra le diverse aree culturali e istituzionali». Così A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 287.

generali dell'amministrazione europea per il diritto amministrativo nazionale; di seguito verranno analizzati i principi europei che risultano maggiormente innovativi e che presentano una significativa incidenza nell'attività amministrativa nazionale. In particolare sono stati ritenuti di grande importanza:

- i) il principio della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto, soprattutto ai fini del sindacato di legittimità dei provvedimenti amministrativi di secondo grado e dell'autotutela amministrativa;
- ii) il principio di proporzionalità, quale fondamentale canone di riferimento per l'azione amministrativa discrezionale limitativa di posizioni giuridiche soggettive;
- iii) il principio della responsabilità e dell'obbligo risarcitorio delle istituzioni europee, per la fondamentale influenza avuta nell'affermazione della risarcibilità degli interessi legittimi nell'ordinamento giuridico nazionale;
- iv) il principio di precauzione, uno degli ultimi nati della famiglia dei principi europei, ma indubbiamente fondamentale criterio dell'azione amministrativa volta alla tutela di diritti fondamentali quali la salute e la tutela dell'ambiente;

3.1. IL PRINCIPIO DELLA TUTELA DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO E LA CERTEZZA DEL DIRITTO

La Corte di Giustizia ha da tempo e costantemente affermato che la tutela del legittimo affidamento e la certezza del diritto costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea³¹.

Il principio della tutela del legittimo affidamento rappresenta un principio fortemente radicato nell'ordinamento europeo. Attraverso l'applicazione di tale principio si tende a garantire la conservazione della situazione di vantaggio assicurata al privato da un provvedimento dell'autorità pubblica, anche qualora quest'ultimo dovesse configurarsi come illegittimo. In altre parole, la *legitimate expectation* si configura quale limite

³¹ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza 3 maggio 1978, causa C-112/77, *srl nella ditta August Toepfer et co. c. Commissione delle Comunità europee*; Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 1983, Cause riunite C-205-215/82, *Deutsche milchkontor GmbH e altri c. Repubblica Federale di Germania*, in particolare punto n. 30 dove la corte afferma che «i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto rientrano nell'ordinamento giuridico comunitario. Non si può quindi considerare contrario a questo stesso ordinamento giuridico il fatto che una legislazione nazionale garantisca la tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto in un settore come quello della ripetizione d'aiuti comunitari indebitamente versati. Risulta peraltro dallo studio dei diritti nazionali degli stati membri in fatto di revoca degli atti amministrativi e di ripetizione di prestazioni economiche indebitamente versate dalla pubblica amministrazione che l'intento di garantire, sotto forme diverse, l'equilibrio fra il principio della legalità e quello della certezza del diritto e del legittimo affidamento è comune ai diritti degli stati membri», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

all'azione discrezionale dei pubblici poteri i quali, nel ponderare gli interessi posti alla base dei provvedimenti di secondo grado, sono tenuti a valutare le legittime aspettative dei cittadini in ordine alla stabilità dell'assetto degli interessi in gioco³².

In particolare, il principio del legittimo affidamento opera tanto con riguardo a provvedimenti legislativi quanto amministrativi, esso, inoltre, quale norma superiore a protezione dei singoli, costituisce uno strumento interpretativo ed un fondamentale parametro di legittimità.

In base al principio della tutela del legittimo affidamento la Pubblica Amministrazione è tenuta, qualora intenda adottare determinazioni sfavorevoli per il privato, ad arrestarsi nei casi in cui si sia formato in capo a quest'ultimo, un legittimo affidamento da tutelare. Appare pertanto chiaro che sussistendo le condizioni di un legittimo affidamento, l'ordinamento consente la stabilizzazione degli effetti favorevoli del provvedimento, anche se illegittimo.

Si tratta di un principio cogente di creazione giurisprudenziale elaborato in assenza di diritto positivo, soprattutto grazie all'incessante opera ermeneutica della Corte di giustizia che, con particolare riferimento alla disciplina dell'attività amministrativa, ne ha precisato le caratteristiche e la portata.

Latente già in alcune delle prime sentenze del giudice europeo, il principio in argomento si è consolidato a partire dagli anni '70, quando la Corte ha esplicitamente affermato che l'inosservanza del principio del legittimo affidamento costituisce una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione in grado di inficiare la legittimità dell'atto³³.

Nella giurisprudenza europea si riscontra una sovrapposizione tra la protezione del legittimo affidamento e la certezza del diritto. L'intima correlazione esistente tra i due principi è dimostrata dal fatto che, in alcuni casi, il giudice europeo sembra addirittura non distinguere il principio della tutela del legittimo affidamento da quello della certezza del

³² La parola «affidamento» viene intesa nel comune linguaggio giuridico come l'aspettativa ragionevole che un soggetto ripone su un fatto ovvero sull'esecuzione (da parte di un altro soggetto) di un determinato comportamento, su cui si fonda a propria volta un proprio legittimo comportamento. Si tratta quindi di una nozione dal significato molto ampio, comprensivo di un elemento di oggettiva apparenza e di uno stato soggettivo di fiducia che si ripone su una persona, su un atto o su una determinata cosa.

³³ Corte di Giustizia, sentenza 14 maggio 1975, causa C-74/74, *Comptoir National Technique Agricole (cnta) sa c. Commissione delle Comunità europee*; Corte di Giustizia, sentenza 3 maggio 1978, causa C-112/77, *srl nella ditta August Toepfer et co. c. Commissione delle Comunità europee*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

diritto³⁴.

Tale ultimo principio impone che i soggetti dell'ordinamento europeo non siano posti in una situazione di incertezza con riguardo al contenuto ed all'estensione dei propri diritti e doveri, esso nasce, infatti, dall'esigenza di conoscere con certezza ciò che è lecito e ciò che è invece vietato. In una prima accezione, il principio della certezza del diritto sembra riguardare il modo attraverso cui gli organi affidatari della funzione legislativa e regolamentare, nonché di quella interpretativa debbono svolgere tali compiti. In una seconda accezione, il principio in argomento legittima direttamente il comportamento di coloro che «agiscono in buona fede sulla base della normativa vigente applicabile così come da essi conosciuta, vuoi che tale conoscenza sia corretta, vuoi che invece corrisponda soltanto ad una mera giuridica apparenza»³⁵.

In tale caso, il principio della certezza del diritto si collega funzionalmente al principio del legittimo affidamento e la tutela di quest'ultimo risulta imposta dall'esigenza di certezza dei rapporti giuridici garantita dallo Stato di diritto³⁶.

Alla base di entrambi i principi vi è, quindi, l'esigenza, comune a tutti gli ordinamenti, di impedire che le situazioni consolidate dal decorso del tempo possano essere rimesse in discussione senza limiti.

Oltre all'aspetto comune, vi è una nota distintiva, nel senso che mentre il concetto della certezza del diritto mira a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici e di conseguenza la chiarezza e la comprensibilità delle regole del gioco, la protezione del legittimo affidamento si impone soprattutto quando le autorità pubbliche modificano la regola o la linea di condotta seguita fino a quel momento, con effetti pregiudizievoli per gli interessi dei privati, oppure emanano un provvedimento di secondo grado produttivo di effetti sfavorevoli nei confronti di quegli interessi, molto tempo dopo l'emanazione del provvedimento iniziale³⁷.

³⁴ Sul punto, cfr. S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 55.

³⁵ Cfr., F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario-Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000, p. 247.

³⁶ «È allo Stato di diritto che è in definitiva riconducibile la tutela dell'affidamento, Stato di diritto che si manifesterebbe positivamente nei diritti fondamentali via via implicati nella tutela delle aspettative generate dai comportamenti del legislatore e della pubblica amministrazione. La certezza del diritto desunta dallo Stato di diritto è, in definitiva, la fonte che impone di tutelare le aspettative generate anche dal comportamento del legislatore e della pubblica amministrazione. La tutela dell'affidamento è perciò un principio riconducibile soltanto al diritto positivo degli Stati moderni, in quanto Stati disciplinati dal diritto positivo che si esprime anche in principi generali che ne esplicitano la logica di fondo. Così F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, n.5/2012.

³⁷ Cfr., DELLA CANANEA G., FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, pp.

Con riguardo ai provvedimenti di secondo grado la Corte europea ha avuto modo di affermare che il diritto di esigere la tutela del legittimo affidamento si estende a chiunque si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione comunitaria gli ha dato aspettative fondate³⁸. La citata autorità giurisdizionale ha, inoltre, stabilito che la revoca di un atto amministrativo favorevole è generalmente soggetto a condizioni molto rigorose; sicché, se da un lato è innegabile che ogni istituzione dell'Unione, la quale accerta che un atto da essa emanato è viziato da illegittimità, ha il diritto di revocarlo entro un termine ragionevole con effetto anche retroattivo, dall'altro tale diritto può essere limitato dalla necessità di rispettare il legittimo affidamento del destinatario dell'atto, che può aver fatto affidamento sulla legittimità dello stesso, allorquando nessun interesse di ordine pubblico prevale sull'interesse del destinatario a conservare una situazione che egli poteva considerare stabile. In proposito, la Corte ha inoltre precisato che il momento determinante per stabilire il momento in cui nasce il legittimo affidamento del destinatario di un atto amministrativo è la notifica dell'atto stesso e non la data della sua adozione o della sua revoca e che una volta acquisito, il legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole, non può poi venire scalzato³⁹.

95-96.

³⁸ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza 19 maggio 1983, causa C-289/81, *Vassilis Mavridis c. Parlamento europeo*, punto n.21 in cui si afferma «che il diritto di esigere la tutela del legittimo affidamento non si limita al personale delle istituzioni comunitarie, ma si estende a chiunque si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione gli ha dato aspettative fondate»; Tribunale I grado, sez. IV, sentenza 17 dicembre 1998, causa T-203/96, *Embassy Limousines & Services c. Parlamento europeo*, punto n.74: «emerge dalla giurisprudenza che il diritto di invocare la tutela del legittimo affidamento si estende a chiunque si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione comunitaria gli abbia suscitato aspettative fondate», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

³⁹ Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia, sentenza 17 aprile 1997, causa C-90/95, *Henri de Compte c. Parlamento europeo*: «la revoca di un atto amministrativo favorevole è generalmente soggetta a condizioni molto rigorose. Quindi, pur se è innegabile che ogni istituzione comunitaria che accerta che un atto da essa appena emanato è viziato da illegittimità ha il diritto di revocarlo entro un termine ragionevole con effetto retroattivo, tale diritto può essere limitato dalla necessità di rispettare il legittimo affidamento del destinatario dell'atto che può aver fatto affidamento nella legittimità dello stesso. A questo proposito, il momento determinante per stabilire quando nasce il legittimo affidamento del destinatario di un atto amministrativo è la notifica dell'atto e non la data dell'adozione o della revoca dello stesso. Una volta acquisito, il legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole non può poi venir scalzato. Date le circostanze della fattispecie, nessun interesse d'ordine pubblico prevale sull'interesse del destinatario a conservare una situazione che egli poteva considerare stabile. Nulla attesta che il destinatario abbia provocato l'atto mediante indicazioni false o incomplete. È quindi viziata da un errore di diritto la sentenza del Tribunale che constata che, se, alla data in cui è stata adottata una decisione poi revocata circa tre mesi dopo, il ricorrente poteva ancora far affidamento nell'apparenza di legittimità ed esigere la conservazione della detta decisione, tale affidamento era stato in seguito, e molto rapidamente, scalzato sicché, alla data alla quale l'istituzione in questione ha effettuato la revoca contestata, l'interessato non aveva più motivo di nutrire un legittimo affidamento nella legittimità della decisione revocata»; Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 1987, causa C-15/85, *Consorzio cooperative d'Abruzzo c. Commissione delle Comunità europee*, in cui si afferma che «la revoca di un atto illegittimo è consentita solo entro un termine ragionevole e se l'istituzione da cui emana ha adeguatamente tenuto conto della misura in cui il destinatario dell'atto ha potuto

Appare pertanto chiaro il nesso che lega, senza eliderne l'autonomia, il principio del legittimo affidamento ed i principi della certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici. Anzi, è stato messo in luce come tali ultimi canoni attraverso il principio dell'affidamento tendono a prevalere sul principio di legalità; sussistendone le condizioni, si consente la stabilizzazione degli effetti favorevoli del provvedimento, anche se illegittimo.

Certamente questo esito deve essere preceduto da complesse valutazioni. Dall'elaborazione della Corte di giustizia volta ad affermare l'efficacia e la rilevanza del principio del legittimo affidamento, emerge una fattispecie connotata dalla presenza di tre elementi che devono essere oggetto della valutazione e ponderazione della Pubblica Amministrazione e eventualmente dell'autorità giurisdizionale:

- i) l'elemento oggettivo, che presuppone l'esistenza in capo al soggetto privato di una situazione giuridica di vantaggio sorta in conseguenza di provvedimento, ovvero di un comportamento dell'amministrazione;
- ii) l'elemento soggettivo, che si concretizza nel concetto di buona fede in senso soggettivo, consistente nella legittima convinzione del soggetto privato circa la legittimità del provvedimento o del comportamento, ovvero nella situazione di fiducia sulla permanenza della situazione determinata dal provvedimento maturata in capo al destinatario;
- iii) l'elemento temporale, che si concretizza nel decorso di un periodo di tempo congruo, variabile a seconda della fattispecie concreta, tale da determinare il consolidamento della certezza del rapporto giuridico a scapito del rispetto della legalità. In base al criterio cronologico, l'affidamento diventa pieno allorché si è al cospetto di un vantaggio, seguito da un periodo di tempo tale da persuadere il beneficiario della sua stabilità, se non definitività.

Tale elemento è, quindi, strettamente legato al principio della certezza del diritto la cui tutela viene garantita dalla ragionevolezza della scelta concernente il tempo

eventualmente fare affidamento sulla legittimità dello stesso. Se queste condizioni non sono soddisfatte, la revoca lede i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento e dev'essere annullata»; Corte di Giustizia, sentenza 3 marzo 1982, causa C-14/81, *Alpha Steel Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, in particolare punto n.10; Corte di Giustizia, sentenza 20 giugno 1991, causa C-248/89, *Cargill bv c. Commissione delle Comunità europee*, dove al punto n. 20 la Corte, nel riconoscere «ad ogni istituzione comunitaria, che accerta l'illegittimità dell'atto che ha appena adottato, il diritto di revocarlo entro un termine ragionevole con effetto retroattivo» specifica che «tale diritto può trovare un limite nella necessità di rispettare il legittimo affidamento del beneficiario dell'atto che ha potuto fare affidamento sulla legittimità di quest'ultimo», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

dell'esercizio dell'autotutela.

Per quanto riguarda in particolare l'elemento soggettivo, va osservato che conformemente ad una costante giurisprudenza, il diritto di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento si estende ad ogni soggetto in cui un'istituzione europea abbia ingenerato fondate aspettative.

In particolare, il diritto di avvalersi di tale principio presuppone la contemporanea presenza di tre condizioni:

- i) in primo luogo, è necessario che fonti autorizzate ed affidabili dell'amministrazione dell'Unione forniscano all'interessato assicurazioni precise, incondizionate e concordanti;
- ii) in secondo luogo, tali assicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto a cui si rivolgono.
- iii) infine, siffatte assicurazioni devono contenere informazioni precise, incondizionate e concordanti, quale che sia la forma in cui queste vengono comunicate ⁴⁰.

Applicando questi presupposti, l'affidamento che determina la conservazione degli effetti di un atto illegittimo è solo quello fondato su circostanze obiettive, «di regola coincidenti con i casi di rilevanza dell'errore scusabile o con quelli in cui si esclude la possibilità di un comportamento alternativo lecito.

La ricorrenza di tali circostanze, infatti, è idonea a determinare in chiunque il fondato convincimento, dunque la buona fede, quantunque poi rivelatosi falso, della conformità alla legge del diritto vantato»⁴¹. Del resto, un legittimo affidamento non può formarsi quando il destinatario del provvedimento risulti sin dall'inizio consapevole dei vizi di legittimità del provvedimento stesso, eventualmente per averli provocati lui stesso con il proprio comportamento in mala fede, oppure nel caso in cui l'amministrazione abbia tempestivamente informato il destinatario dei dubbi sulla legittimità del provvedimento, o quando l'errore dell'amministrazione risulti evidente dal provvedimento stesso, ovvero, infine, quando l'amministrazione si sia espressamente riservata la revoca dell'atto, qualificando il provvedimento come provvisorio.

Nell'ambito della giurisprudenza europea, si assiste alla piena affermazione della

⁴⁰ Tribunale di primo grado, Sez. VI, sentenza 27 settembre 2012, causa T-387/09, *Applied Microengineering Ltd c. Commissione europea*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁴¹ O. GRASSO, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in *Il procedimento amministrativo*, a cura di M. CORRADINO, Torino, 2010, p. 34.

vigenza del principio in esame, ma se da un lato la Corte di Lussemburgo sancisce l'impossibilità che la fiducia sulla stabilità del «rapporto giuridico possa piegarsi a ragioni astratte di interesse pubblico»⁴², dall'altro giunge ad affermare la non meritevolezza dell'affidamento a fronte di violazioni da parte degli Stati membri della normativa europea, in particolare in materia antitrust. In tali casi, infatti, viene accordato maggior rilievo alle esigenze connesse al rispetto della normativa fondamentale dell'ordinamento europeo, agevolmente identificabile nella tutela della libera concorrenza nei mercati⁴³.

A tal proposito, la Corte ha dichiarato che il principio del legittimo affidamento non può essere invocato avverso una precisa disposizione di un atto normativo comunitario e il comportamento di un'autorità nazionale incaricata di applicare il diritto dell'Unione che sia in contrasto con quest'ultimo non può autorizzare l'operatore economico a considerarsi legittimato a fare assegnamento su di un trattamento contrastante con il diritto europeo⁴⁴.

Le motivazioni volte ad escludere la tutela dell'affidamento hanno spesso fatto leva sull'insussistenza dell'elemento soggettivo, in particolare la Corte ha escluso la rilevanza del legittimo affidamento a fronte di un provvedimento illegittimo ampliativo della sfera giuridica, in quanto il destinatario di questo avrebbe potuto e dovuto valutare l'irregolarità della procedura, avvertendo tempestivamente l'autorità procedente. Altre volte, la Corte ha escluso il legittimo affidamento postulando l'esistenza in capo all'operatore economico

⁴² Corte di Giustizia, sentenza 17 aprile 1997, causa C-90/95, *Henri de Compté c. Parlamento europeo*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, in particolare punti n. 35 e 39 dove la Corte afferma che «la revoca retroattiva di un atto amministrativo favorevole è generalmente soggetta a condizioni molto rigorose. Secondo giurisprudenza costante, se bisogna riconoscere ad ogni istituzione comunitaria che accerta che un atto da essa appena emanato è viziato da illegittimità di diritto di revocarlo con effetto retroattivo entro un termine ragionevole, tale diritto trova un limite nella necessità di rispettare il legittimo affidamento del beneficiario dell'atto, che ha potuto far affidamento nella legittimità di quest'ultimo. [...] Si deve sottolineare, da un lato, che se è nato a buon diritto, il legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole non può poi venire scalzato. D'altro canto, tenuto conto delle circostanze della fattispecie, non vi è alcun interesse di ordine pubblico che prevalga sull'interesse del destinatario alla conservazione di una situazione che egli poteva considerare stabile».

⁴³ Corte di Giustizia, sentenza 16 dicembre 2010, causa C-537/08, *Kahla Thüringen Porzellan GmbH c. Commissione europea*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁴⁴ V., sul punto, Corte Giustizia, sentenza 7 aprile 2011, causa C-153/10, *Staatssecretaris van Financiën c. Sony Supply Chain Solutions (Europe) BV*; Tribunale di primo grado, Sez. V, 27 settembre 2012, causa T-303/10, *Wam Industriale SpA c. Commissione europea*, in particolare punti n. 165-166 dove il Tribunale, in tema di aiuti di Stato e principio del legittimo affidamento, afferma che «tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione ai sensi dell'art. 108 TFUE, le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo. Un operatore economico diligente, infatti, vede normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata. Quando un aiuto è stato versato senza previa notifica alla Commissione ed è pertanto illegittimo in forza dell'art. 108, paragrafo 3, TFUE, il beneficiario dell'aiuto in questione non può riporre, a quel punto, alcun legittimo affidamento nella regolarità della concessione dello stesso», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

diligente di un dovere di costante aggiornamento sugli andamenti dei mercati e sulla normativa ad esso collegata, coì da rendere prevedibile un intervento in autotutela, ovvero una modifica normativa *in peius*⁴⁵.

Altro elemento di grande importanza ai fini della valutazione della base affidante è costituito dal fattore tempo. Il periodo che intercorre tra il provvedimento favorevole e la sua revoca finisce infatti per rilevare quale criterio-limite di ponderazione degli interessi in gioco, da effettuarsi caso per caso secondo i canoni della ragionevolezza.

Tale fattore ha giocato spesso a sfavore dell'affidamento, allorché i giudici europei hanno ritenuto di poter giustificare il tempo utilizzato dall'autorità pubblica per esternare le proprie scelte e ciò sulla base della valutazione di diversi fattori quali la particolare difficoltà del caso concreto o l'assenza della buona fede del privato, il quale nel tenere un comportamento legittimato da un provvedimento, violi, invece, la normativa vigente.

Una frequente applicazione pratica del principio della tutela del legittimo affidamento viene riscontrata nelle posizioni giurisprudenziali relative all'esercizio del potere di autotutela. L'esercizio di tale potere, in particolare della revoca con effetti retroattivi⁴⁶, non trova adeguata giustificazione nel solo interesse al ripristino della legalità violata dal provvedimento di primo grado, dovendo piuttosto sussistere un ulteriore interesse pubblico, concreto ed attuale, a supporto del provvedimento di secondo grado. L'interesse pubblico posto alla base del provvedimento autoritativo, al fine di valutarne la resistenza rispetto al legittimo affidamento del privato, dovrà essere soppesato con le situazioni giuridiche soggettive incise dal provvedimento di primo grado, valutazione che potrà concludersi con l'opportuna rinuncia dell'organo amministrativo all'autotutela⁴⁷.

In base a tali considerazioni è allora possibile affermare che laddove un legittimo affidamento non si sia formato, il potere di revoca dell'amministrazione non subisce limitazioni, di contro l'esistenza di un legittimo affidamento del destinatario dell'atto non

⁴⁵ La giurisprudenza europea ha elaborato «il concetto di prevedibilità del mutamento della normativa in vigore o dell'assetto determinato dal provvedimento, capace di escludere che le legittime aspettative dei cittadini siano illegittimamente pregiudicate dalla modifica. La definizione dei contorni della prevedibilità da parte della Corte di giustizia si delinea valutando il comportamento dell'operatore economico prudente ed accorto, cioè la sua diligenza nel tenersi costantemente informato e aggiornato nel settore professionale di sua competenza, ad esempio sull'andamento del mercato e sulle risorse disponibili, ricavandone una adeguata previsione degli eventuali mutamenti della relativa disciplina». M.T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 170.

⁴⁶ Come noto la Corte di giustizia inquadra le due fattispecie di autotutela sotto il comune *nomen iuris* di revoca distinguendo tra revoca con effetti *ex tunc* e *ex nunc*, corrispondenti nell'ordinamento italiano rispettivamente all'annullamento d'ufficio e alla revoca.

⁴⁷ M.T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, op. cit., pp. 157-160.

costituisce di per se solo un ostacolo assoluto alla revoca dell'atto.

Il punto è piuttosto che l'amministrazione dimostri di aver tenuto conto, o meglio ancora, di avere «sufficientemente» tenuto conto, nell'adottare il provvedimento di secondo grado, del legittimo affidamento del privato. Pertanto, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea il legittimo affidamento costituisce, qualcosa che può essere «misurato», o forse meglio, «pesato»⁴⁸. In concreto, nei giudizi dinanzi alle Corti europee, il soggetto che deduce l'illegittimità di un provvedimento di secondo grado per violazione del legittimo affidamento, dovrà innanzitutto provare l'esistenza a suo favore di un legittimo affidamento nella legittimità dell'atto e, conseguentemente, nel mantenimento della situazione favorevole generata dall'atto stesso, dimostrando in particolare la correttezza del proprio comportamento.

L'amministrazione dovrà, invece, dimostrare di aver ragionevolmente ponderato gli interessi pubblici che l'hanno indotta alla revoca con le aspettative del privato, e dovrà convincere il giudice che di quegli interessi pubblici era effettivamente giustificata la prevalenza. Pertanto, come già evidenziato appare chiaro che la sola esigenza di procedere alla correzione di un errore nell'applicazione del diritto, di eliminare le conseguenze di un'illegittimità, non è sufficiente a giustificare una revoca con effetti retroattivi di un provvedimento illegittimo; occorre, invece, dimostrare che quel ripristino è giustificato, pur dopo aver sufficientemente tenuto conto del legittimo affidamento creatosi e che il giudice, nel condividere la ponderazione effettuata, consideri adeguata tale dimostrazione. Qualora di ciò il giudice non si convinca, concluderà per la illegittimità della revoca, ritenendo che «tenuto conto delle circostanze della fattispecie, non vi è alcun interesse di ordine pubblico che prevalga sull'interesse del destinatario alla conservazione di una situazione che egli poteva considerare stabile»⁴⁹.

⁴⁸ Così D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, a cura di D. CORLETTI, Padova, 2007, pp. 22-25. Al riguardo l'autore evidenzia inoltre che «se ci si chiede quale sia il metro sulla base del quale compiere questa misura, o il contrappeso da mettere sull'altro piatto della bilancia per effettuare la pesatura dell'affidamento, quale sia insomma il termine del raffronto cui in ogni caso la ponderazione rinvia, e rispetto al quale l'amministrazione deve dimostrare di aver tenuto "sufficientemente" presente il valore dell'affidamento, non è dubbio, pur se spesso implicito, che questo sia l'interesse pubblico. È dunque sottinteso che la ponderazione avvenga fra l'interesse del privato beneficiario dall'atto, e reso degno di considerazione (pur se generato da un atto in sé illegittimo) per essere "coperto" dall'affidamento sulla legittimità dell'atto e quindi sulla possibilità di conservarlo, e gli interessi pubblici, o un interesse della Comunità».

⁴⁹ Corte di Giustizia, sentenza 17 aprile 1997, causa C-90/95, *Henri de Compté c. Parlamento europeo*, punto n. 39, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

3.1.1. IL PRINCIPIO DELLA TUTELA LEGITTIMO AFFIDAMENTO IN ITALIA

Nell'ordinamento giuridico italiano non esiste una specifica disposizione che definisca in modo esplicito il principio della tutela del legittimo affidamento, tuttavia, esso è possibile ricavarlo da un insieme di regole che complessivamente considerate gli danno sostanza, in un'ottica di giustizia sostanziale.

Al riguardo, va evidenziato che la base giuridica del principio in argomento è costituita dalle numerose disposizioni del codice civile su cui si fonda la clausola generale della buona fede che, come noto, consta di due accezioni ovvero:

- i) buona fede in senso soggettivo, che consiste in una situazione psicologica di ignoranza di ledere l'altrui diritto;
- ii) buona fede in senso oggettivo, che costituisce una regola di comportamento ed individua l'insieme delle regole di correttezza che devono presiedere allo svolgimento di un rapporto giuridico.

Il codice civile richiama più volte tale clausola generale: ad esempio, nell'art.1375 c.c. riferito ai contratti; nell'art.1337 c.c. sulla responsabilità precontrattuale; nell'art.1336 c.c. in tema di interpretazione del contratto; nell'art.1374 c.c. in funzione integrativa delle clausole negoziali ed infine nell'art.1175 c.c. riferito ai rapporti obbligatori. In tale ultima norma, il termine utilizzato è «correttezza», che tuttavia la dottrina prevalente considera un sinonimo di buona fede, quale espressione di solidarietà e leale cooperazione.

Tali norme, nel loro insieme, contribuiscono a formare la base giuridica su cui si fonda il principio dell'affidamento. In particolare, le regole civilistiche che meglio codificano la nozione di legittimo affidamento sembrano essere quelle che contengono disposizioni di natura oggettiva, come tali estensibili anche all'area del diritto pubblico con riferimento a tutti i rapporti intercorrenti tra privato e Pubblica Amministrazione. Dunque, l'affidamento come principio di carattere generale, suscettibile di applicazione anche nel diritto pubblico, è quello che si collega all'obbligo di buona fede oggettiva, intesa quale dovere che si impone alle persone fisiche o giuridiche, private o pubbliche, di comportarsi lealmente nel compimento di atti giuridicamente rilevanti, in grado di riverberare i loro effetti nella sfera giuridica altrui. Nel rapporto giuridico, la correttezza opera già nella fase che precede il sorgere del rapporto, si consolida al momento della nascita dello stesso e si impone durante tutto il suo svolgimento. La necessità di tutelare l'affidamento ingenerato dalla propria condotta, costituisce una delle possibili applicazioni del dovere di buona fede.

In sintesi, il principio in commento «trova fondamento nelle norme del codice civile che, in un'ottica di giustizia sostanziale, impongono alle parti del rapporto giuridico di comportarsi secondo canoni di correttezza e buona fede, salvaguardando l'utilità della controparte a non essere lesa nelle aspettative in precedenza ingenerate».

In un'ottica non meramente formale del diritto, viene tutelata quell'aspettativa che ha legittimamente raggiunto un alto livello di consolidamento, tale che la sua violazione determinerebbe la violazione dei principi generali della correttezza e della buona fede⁵⁰.

Nell'ambito della dottrina costituzionale la clausola generale della buona fede è stata ricollegata all'art.2 Cost. che, nell'esprimere il principio di «solidarietà politica, economica e sociale», conterrebbe in sé il concetto di solidarietà contrattuale, consistente nel dovere di esercitare i diritti in modo da non comportare un eccessivo sacrificio della sfera giuridica altrui⁵¹. Alla luce di tali considerazioni deve, pertanto, «dedursi che il principio pubblicistico dell'affidamento, risulta anch'esso ricollegabile, sia pure di riflesso, all'art. 2 Cost.». Risulta, quindi, una compenetrazione tra il principio costituzionale di solidarietà ed il principio amministrativo della tutela dell'affidamento.

In tale ambito normativo va, inoltre, rilevato che il principio dell'affidamento costituisce anche il caposaldo della certezza giuridica intesa quale fondamento dello Stato di diritto⁵². Il principio della tutela dell'affidamento poggia, dunque, le sue basi anche e soprattutto sull'art. 3 Cost. e, più in particolare, sul connesso principio di ragionevolezza.

Il citato articolo, infatti, nell'esprimere il concetto di uguaglianza dei cittadini, introduce anche il principio di ragionevolezza che si preoccupa di garantire nell'ordinamento giuridico l'applicazione sostanziale del principio di uguaglianza, subordinando il potere del legislatore di differenziare le posizioni tra i diversi soggetti

⁵⁰ Così A. REGGIO D'ACI, *Il principio di tutela di legittimo affidamento come valore garantito a livello universale*, in *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali*, a cura di A. LIBERATI, Torino, 2009, pp. 26-27.

⁵¹ «Della solidarietà costituiscono espressioni, col dovere di correttezza, il dovere di buona fede e il rispetto dell'affidamento [...]; alla solidarietà sono da ricondurre vari istituti particolari, la cui nota comune è appunto questa, che grazie ad essi, la legge stessa esclude e restringe una determinata subordinazione d'interesse, quando non paia conforme alla solidarietà». Così F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 76; Sul punto cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, pp. 113-121.

⁵² Al riguardo va evidenziato che la Corte Costituzionale annovera tra i valori e gli interessi costituzionalmente protetti «l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica che, quale essenziale elemento dello Stato di diritto, non può essere lesa da disposizioni retroattive, le quali trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti», Corte Cost., sentenza 27 ottobre - 4 novembre 1999, n. 416; la Corte ha, inoltre, affermato che l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un «principio che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere lesa da norme con effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti», Corte Cost., sentenza 15-22 novembre 2000, n. 525, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

dell'ordinamento al necessario rispetto della proporzione, della logica e della ragionevolezza.

In particolare, tale ultimo principio rappresenta un chiaro limite sostanziale alla possibilità di determinare distinzioni tra cittadini e, in particolare, di intervenire in senso peggiorativo su posizioni giuridiche già maturate in capo ai cittadini in considerazione di norme pregresse. Al riguardo, va specificato che, pur essendo ammesso in via di principio che il legislatore possa adottare leggi retroattive, tranne ovviamente in materia penale ex art. 25 Cost., non può non riconoscersi che tale facoltà rimane pur sempre condizionata dal rispetto del principio di ragionevolezza, che richiede una giustificazione dello specifico intervento. In concreto l'intervento legislativo retroattivo deve tener quindi conto da un lato gli interessi pubblici perseguiti, ma anche e soprattutto dell'eventuale affidamento, ingenerato da una precedente norma, nel definitivo consolidamento delle posizioni giuridiche soggettive.

In definitiva, atteso che la violazione da parte del legislatore dell'affidamento ingenerato determina un pregiudizio in capo ai soggetti detentori della posizione giuridica incisa dal provvedimento normativo, appare corretto ritenere che il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. impone al legislatore di non violare l'affidamento legittimamente ingenerato nei cittadini.

Partendo da tale premessa, bisogna necessariamente affermare che anche la Pubblica Amministrazione è sottoposta agli stessi vincoli nello svolgimento della propria attività autoritativa. Anche la Pubblica Amministrazione dovrà, dunque, tenere in debita considerazione non solo gli interessi pubblici e privati coinvolti nella propria azione, ma anche l'affidamento legittimamente maturato o ingenerato nei cittadini in conseguenza dei propri atti o comportamenti.

Riassumendo, se il principio costituzionale della ragionevolezza limita il potere del legislatore nel senso di imporgli la tutela del legittimo affidamento, tale principio non può non assumere una forza maggiore nei confronti dell'attività autoritativa posta in essere dalla Pubblica Amministrazione, che proprio dalla legge trova l'origine del potere stesso⁵³.

In tale contesto normativo, va evidenziato che attualmente costituiscono fondamento normativo espresso del principio della tutela del legittimo affidamento degli amministratori

⁵³ «Il principio dell'affidamento è riconosciuto anche a livello costituzionale quale elemento essenziale dello stato di diritto, trovando “copertura” nell'art. 3 Cost., il quale impone al Legislatore, a tutela della sicurezza giuridica, di non emanare norme ad effetto retroattivo che incidano su situazioni già regolate da leggi precedenti». Così, A. REGGIO D'ACI, *Il principio di tutela di legittimo affidamento come valore garantito a livello universale*, op. cit., p. 36.

gli artt. 21-quinquies e 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

In particolare, il primo articolo prevede la corresponsione di un indennizzo da parte della Pubblica Amministrazione in caso di revoca dei provvedimenti amministrativi per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico, mentre, il secondo articolo, stabilisce che il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio, in presenza di un interesse pubblico ed «entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei» privati coinvolti nella fattispecie.

3.2. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO EUROPEO

Fra i principi che governano l'azione amministrativa, quando essa determina una restrizione della sfera giuridica del privato, vi è il principio di proporzionalità. La proporzionalità quale principio avente efficacia generale esprime l'esigenza di matrice liberale per cui la soddisfazione degli interessi pubblici deve avvenire con il minor sacrificio possibile della sfera giuridica dei privati⁵⁴. L'essenza della proporzionalità consiste nella ricerca di alternative utili rispetto ad un provvedimento ritenuto troppo invasivo, ovvero nell'individuazione di una misura meno pregiudizievole per l'interesse inciso dall'attività pubblica.

Il principio di proporzionalità, nato nell'ambito del diritto tedesco, è stato enucleato quale principio generale del diritto europeo dai giudici europei attraverso il metodo della comparazione giuridica. Esso implica l'obbligo per le autorità europee e nazionali ad adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti; in sintesi, consiste nella definizione di un rapporto ottimale di congruità fra scopo e mezzo, tale da far ritenere illegittima l'utilizzazione di mezzi eccessivi, ovvero non proporzionati, rispetto allo scopo definito dalla norma.

Il principio in argomento, in base alla cosiddetta teoria a «tre gradini», risulta caratterizzato da tre distinti elementi i quali devono essere utilizzati, da un lato, dalla Pubblica Amministrazione nelle scelte amministrative e, dall'altro, dal giudice nell'ambito del «test giudiziale sulla proporzionalità» e, pertanto, utilizzati per guidare lo scrutinio di

⁵⁴ È stato autorevolmente osservato che «ogni altro principio del procedimento amministrativo rappresenta di quello di proporzionalità un semplice corollario, costituendo di questo stesso il logico e naturale sviluppo». Così R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 1034, richiamato da S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa, ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, p. 1.

legittimità sull'azione amministrativa.

Gli elementi o parametri caratterizzanti il principio di proporzionalità sono: i) l'«idoneità» o «congruità»; ii) la «necessità» o «necessarietà»; iii) l'«adeguatezza» o «proporzionalità in senso stretto».

- i) l'«idoneità» o «congruità», primo gradino del sindacato di proporzionalità, esprime il collegamento tra l'azione intrapresa ed il fine da raggiungere. In base a tale criterio, un mezzo (sia esso di tipo normativo o amministrativo) appare lecito allorché, attraverso un giudizio prognostico *ex ante*, risulti idoneo al raggiungimento dello scopo. In sostanza, l'atto risulta «idoneo» o «congruo» quando il mezzo utilizzato è suscettibile di perseguire il risultato desiderato. Tale criterio funzionalizza l'azione amministrativa al risultato perseguito e correla gli obiettivi al mezzo impiegato, esso, inoltre, circoscrive le scelte dell'autorità pubblica allo strumento che, in base alle circostanze di fatto ed al momento in cui la scelta è operata, si presta, verosimilmente, a meglio conseguire lo scopo prefissato⁵⁵.
- ii) il parametro della «necessità» o «necessarietà» è, invece, efficacemente sintetizzato dall'espressione «imposizione del mezzo più mite»; esso implica che la scelta del mezzo per il raggiungimento di un determinato obiettivo debba essere effettuato soltanto se non è disponibile nessun altro mezzo ugualmente efficace e tale da incidere meno negativamente nella sfera giuridica soggettiva del destinatario dell'atto. Alla luce di tale criterio, l'amministrazione, tra le possibili scelte potenzialmente «idonee» a perseguire lo scopo, deve optare per quella che comporta il minor sacrificio degli interessi in conflitto. La verifica della sussistenza della «necessità» presuppone la possibilità di operare una scelta tra vari mezzi tutti ritenuti «idonei» ed appropriati al raggiungimento dello scopo prefisso, cosicché, qualora lo scopo da raggiungere possa essere perseguito soltanto tramite un determinato mezzo, i criteri di «necessità» e di «idoneità» si sovrappongono. In tale ambito, risulta evidente che attraverso il criterio in argomento, il pubblico potere può procedere ad un'analisi degli strumenti idonei al raggiungimento delle finalità pubbliche sotto il profilo delle conseguenze pregiudizievoli che può arrecare ai soggetti destinatari. Mentre il parametro

⁵⁵Così V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, pp. 44-45.

dell'«idoneità» riguarda il profilo dell'efficacia dell'azione amministrativa, la «necessità» esprime, invece, la funzione di garanzia dei diritti individuali, i quali devono essere sacrificati nella misura minima possibile, purché comunque idonea al raggiungimento delle finalità pubbliche⁵⁶.

- iii) Superati i precedenti giudizi dell'«idoneità» e della «necessità» occorre verificare se sussiste un equilibrio tra i benefici e i danni generati dalla limitazione di una posizione giuridica soggettiva. Infatti, l'osservanza del criterio dell'«adeguatezza» o della «proporzionalità in senso stretto» implica che la misura adottata dai pubblici poteri non debba gravare in modo eccessivo sul destinatario, tanto da risultare intollerabile.⁵⁷ Il terzo livello del principio di proporzionalità impone, pertanto, un bilanciamento adeguato tra i diversi interessi in gioco e, in particolare, tra i vantaggi derivanti dal perseguimento dell'interesse pubblico ed i pregiudizi arrecati agli interessi privati. Tale criterio, nel richiedere che le limitazioni dei diritti dei cittadini non risultino eccessive rispetto agli scopi pubblici perseguiti, fa sì che la relazione tra i mezzi e gli scopi sia improntata al canone della ragionevolezza e che tale canone assai spesso è fondato proprio sulla proporzionalità tra mezzi ed fini. Di conseguenza, la scelta effettuata dalla pubblica autorità si configura come altamente discrezionale, cosicché la misura adottata risulterà, inevitabilmente, più difficile da sindacare. In altri termini, con riferimento ai criteri dell'«idoneità» e della «necessità», l'amministrazione è chiamata all'interpretazione di un concetto giuridico definito, applicandolo rispetto ad un'ipotesi concreta; al contrario, con l'applicazione del criterio della «proporzionalità in senso stretto» la Pubblica Amministrazione, nell'ambito di un'attività che risulta essere soggettiva, è tenuta ad attribuire nonché a ponderare un determinato valore relativo a due o più interessi contrapposti e tutelati dall'ordinamento. Tale operazione, così come evidenziato da autorevole dottrina presuppone, in capo all'amministrazione agente, un ampio margine di discrezionalità e, conseguentemente, anche il sindacato del giudice sulla scelta operata dalla P.A. dovrà limitarsi alle sole ipotesi in cui la sproporzione appaia

⁵⁶ «In altri termini, sul versante della necessità la scelta risulta proporzionata qualora sia tecnicamente meno gravosa rispetto alla realizzazione del fine; mentre, sul versante della idoneità, la scelta risulta proporzionata qualora sia qualitativamente più appropriata, anche se questa sua qualità può comportare effetti sfavorevoli su alcuni amministrati. Così V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, op. cit., pp. 46-47.

⁵⁷ D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAIITA, Milano, 2012, p. 395.

manifesta ed evidente, scivolando nell'illogicità e nell'ingiustizia manifesta.

Nel contesto del diritto dell'Unione europea, la Corte di Lussemburgo, sin dagli esordi della sua giurisprudenza, ha fatto esplicito riferimento al principio di proporzionalità che si è poi progressivamente affermato come essenziale strumento di sindacato giurisdizionale, applicato a quasi tutti i settori del diritto dell'Unione. In base a quanto espressamente affermato dalla Corte di Giustizia tale principio ha rango costituzionale, in quanto principio generale finalizzato a limitare le misure restrittive delle istituzioni europee, comprese quelle adottate dal legislatore.

Con il Trattato di Maastricht del 1992 il principio di proporzionalità, limitatamente all'aspetto della «necessità», è stato inserito direttamente all'interno del Trattato all'art. 3B (divenuto poi l'art. 5 del Trattato della Comunità europea), che si riferiva, tuttavia, alla sola attività delle istituzioni comunitarie. Tale articolo prevedeva, infatti, che «l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato»; attraverso questa previsione normativa la proporzionalità viene elevata a criterio direttivo dell'esercizio delle competenze europee ed estesa a tutte le materie di rilevanza comunitaria. Successivamente, con il Trattato di Amsterdam del 1997 è stato dedicato il Protocollo n. 2 «sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità», in cui viene ufficialmente sancito l'obbligo del rispetto del principio di proporzionalità da parte delle istituzioni comunitarie nell'esercizio delle sue attribuzioni. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il principio di proporzionalità viene inserito nell'art. 5, paragrafo 1, TUE il quale stabilisce che «l'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità», inoltre, ai sensi del successivo paragrafo 5, è previsto che, «in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati».

Attualmente, quindi, il principio di proporzionalità si configura, nell'ambito del diritto europeo, quale canone di azione, ma a seconda dei casi, esso si impone o nella sua qualità di principio generale del diritto UE, riconosciuto come tale dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia⁵⁸, ovvero, con specifico riguardo all'azione posta in essere dalle istituzioni europee, si impone attraverso l'espressa menzione all'interno del Trattato, che

⁵⁸ La qualificazione della proporzionalità delle misure adottate dall'amministrazione come principio generale dell'ordinamento dell'Unione europea emerge in modo chiaro nella giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado. Per esempio, v., al riguardo, Corte di Giustizia, sentenza 5 luglio 1977, causa C-114/76, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

limita però il riferimento al solo «requisito della necessità».

Ne deriva comunque, in entrambe le ipotesi, una sua sovraordinazione rispetto alle norme del diritto dell'Unione europea di rango primario⁵⁹.

Quanto al suo concreto ambito di applicazione, sono soggetti al sindacato dei giudici europei sull'osservanza del principio di proporzionalità, innanzitutto, le misure di carattere normativo⁶⁰ e, in secondo luogo, le misure di natura amministrativa adottate da organi europei, in particolare dalla Commissione⁶¹.

In linea generale le misure amministrative o normative produttive di effetti svantaggiosi in capo ai singoli, assunte in contrasto con il principio di proporzionalità, sono illegittime. In concreto, però, l'ambito di operatività del principio assume un'ampiezza inversamente proporzionale a quella del potere valutativo discrezionale riconosciuto in capo all'autorità. Laddove sussiste ampia discrezionalità l'atto sfavorevole potrà essere annullato esclusivamente qualora risulti del tutto sproporzionato e, quindi, inadeguato rispetto all'obiettivo che si intende ottenere. Tale eventualità, peraltro si verifica soltanto in casi eccezionali, ovvero nel caso in cui le scelte operate dall'autorità vengano censurate, in quanto produttive di conseguenze sfavorevoli palesemente eccessive

⁵⁹ Cfr. D. U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10/2006, p. 108.

⁶⁰ V., per esempio, Corte di Giustizia, sentenza 24 settembre 1985, causa C-181/84, *The Queen, ex parte E.D. & F. Man Sugar Ltd c. Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP)*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, in particolare punto n. 20 ove, nel richiamare la giurisprudenza precedente, la Corte afferma che il principio di proporzionalità si applica anche alle misure di carattere normativo e chiarisce che «per stabilire se una disposizione di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità è necessario verificare se i mezzi da essa usati siano appropriati e necessari per il raggiungimento dello scopo prefisso. Una disciplina comunitaria, che opera una differenziazione fra un obbligo principale, il cui adempimento è necessario per il raggiungimento dello scopo perseguito, ed un obbligo secondario, avente natura essenzialmente amministrativa, non può sanzionare con pari rigore l'inosservanza dell'obbligo secondario, avente natura essenzialmente amministrativa e l'inosservanza dell'obbligo principale senza violare il principio di proporzionalità». Cfr. anche Corte di Giustizia, sentenza 12 gennaio 2006, causa C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow GmbH c. Landrat des Landkreises Bad Doberan*, in V. MONELLO, *Il principio di proporzionalità nelle pronunce della Corte di Giustizia europea, dei TAR e del Consiglio di Stato*, in S. COGLIANI a cura di, *Il principio di proporzionalità in Italia e in Europa: la tutela dinanzi al giudice amministrativo*, Padova, 2008, pp. 13-15, dove viene specificato che «la validità di un atto amministrativo, alla luce del principio di proporzionalità, non può dipendere da valutazioni retrospettive riguardanti i suoi risultati. Quando il legislatore comunitario deve valutare, nell'emanare una normativa, i suoi effetti futuri e questi non possono essere previsti con certezza, la sua valutazione può essere oggetto di censura solo qualora appaia manifestamente erronea alla luce degli elementi di cui disponeva al momento dell'adozione della normativa stessa».

⁶¹ V., sul punto Tribunale primo grado, sentenza 4 luglio 2006, causa T-177/04, *easyJet Airline Co. Ltd c. Commissione*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, punto n. 133, ove il Tribunale, in aderenza a costante giurisprudenza, statuisce chiaramente che «il principio di proporzionalità richiede che gli atti delle istituzioni comunitarie non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla misura meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti».

ed ingiustificate.

Nelle sentenze della Corte di Giustizia emerge con continuità l'orientamento che, a fronte di determinazioni ampiamente discrezionali e non palesemente irragionevoli, indica criteri di proporzionalità abbastanza ampi, che consentono alle istituzioni, con una certa larghezza, lo svolgimento di valutazioni di opportunità alla luce delle variabili della fattispecie e dell'intensità dell'interesse pubblico coinvolto.⁶²

Attualmente, pur non sussistendo alcun dubbio circa la piena applicabilità del principio in argomento, va rilevato che il modello tedesco del principio di proporzionalità non ha trovato pieno accoglimento nell'ordinamento europeo.

L'analisi della giurisprudenza europea induce a ritenere che il giudizio di proporzionalità segua e si articoli secondo logiche proprie. In particolare, nell'ambito della copiosa giurisprudenza formatasi sul punto, non è possibile trarre un'unica formula del principio di proporzionalità.

Da un lato, si rinvencono pronunce della Corte di giustizia in cui il sindacato della proporzionalità segue il citato schema a tre gradini simile a quella apprestata nell'ordinamento tedesco, dall'altro non mancano decisioni in cui il principio in argomento viene delineato secondo uno schema binario, fondato sulla sola verifica dei due parametri della «idoneità» e della «proporzionalità» della misura adottata dall'autorità. Non mancano, infine, soluzioni basate sull'esame di uno solo dei criteri che compongono la proporzionalità secondo la dottrina tedesca. «L'approccio pragmatico della Corte europea evidenzia, pertanto, un concreto multiforme ed ambiguo di proporzionalità insuscettibile di essere ricondotto ad alcun rigido assetto e, proprio per questo, capace di adattarsi a fattispecie differenti»⁶³.

In tale contesto, acuta dottrina ha messo in luce la difficoltà nell'individuare a priori una regola stabile quanto all'incisività effettiva del sindacato di proporzionalità operato dai giudici europei. In particolare, è stato evidenziato che, a fronte di una notevole quantità di ricorsi in cui viene dedotta la violazione del principio di proporzionalità, risultano rari i casi di declaratorie di illegittimità di atti normativi o amministrativi adottati dalle istituzioni UE, di contro l'atteggiamento dei giudici europei nei confronti di atti adottati da organi degli Stati membri è apparso maggiormente incisivo e severo.

La spiegazione di ciò è da ricercare nel netto favore rispetto a quelle misure che

⁶² Cfr. A. SIMIONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009, pp. 197-200.

⁶³ Così G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, op. cit., p. 88.

rappresentano un contributo rispetto alla costruzione del fenomeno unionista e al contrario nel disfavore rispetto a quelle misure adottate in deroga rispetto al diritto UE.

In quest'ultima ipotesi il principio di proporzionalità è applicato con maggiore rigore «nell'ottica di una valutazione comparativa fra le esigenze poste dalle situazioni interne ai singoli Stati membri e l'esigenza di garantire quelle libertà, quei diritti e quei principi che sono la ragione stessa di esistenza dell'Unione europea».⁶⁴

3.2.1. IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA ITALIANA

Il principio di proporzionalità costituisce un principio generale anche dell'attività amministrativa e giurisdizionale nazionale. Al riguardo, il Consiglio di Stato ha affermato che il principio in argomento è «principio generale dell'ordinamento esso implica che la Pubblica Amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti»⁶⁵ ed ha, inoltre, osservato che «di tale principio si fa applicazione, maggiormente, in materia di limitazione al diritto di proprietà, di attività di autotutela, di ordinanze di necessità ed urgenza, di tutela ambientale, di irrogazione di sanzioni»⁶⁶.

Nella prassi giurisprudenziale, il controllo della proporzionalità, ovvero la verifica sulla giusta misura del potere amministrativo, è stato oggetto di un costante aumento. In particolare, si è assistito ad un progressivo ampliamento del sindacato di legittimità, sotto il profilo dell'eccesso del potere per violazione del principio di proporzionalità⁶⁷.

⁶⁴ Così D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 402.

⁶⁵ Cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4381; sez. V, 22 marzo 2005, n. 1195 in <http://www.giustizia-amministrativa.it>: «il principio di proporzionalità è principio generale dell'ordinamento: esso implica che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea ed adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti»; Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, in cui si afferma che il principio di proporzionalità «si risolve, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente sia disponibile».

⁶⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1195, in G. CORSO, G. FARES, *Il provvedimento amministrativo nella giurisprudenza*, Torino, 2011, pp. 179-18, dove si afferma che «il principio di proporzionalità in materia sanzionatoria, è, più specificamente, principio generale di giustizia sostanziale, come dimostra l'art. 2106 codice civile, in ambito della disciplina del rapporto di lavoro, che fa riferimento alla gravità dell'infrazione».

⁶⁷ Sul punto cfr. V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, op. cit., p.125, dove si afferma che il vizio dell'eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità «risulta, dall'esame della

La giurisprudenza amministrativa ha, inoltre, messo in luce che anche provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del privato possono essere giudicati illegittimi sulla base della violazione del principio di proporzionalità. Ciò può verificarsi quando il provvedimento ampliativo della sfera giuridica soggettiva, contiene delle clausole accessorie che ne limitano la portata, imponendo al soggetto beneficiario degli obblighi o degli oneri sproporzionati⁶⁸.

Per quanto concerne il sindacato di proporzionalità, va osservato che la giurisprudenza amministrativa ha «enunciato il principio di proporzionalità in maniera completa e compatta, ricalcando, cioè, la nota “scansione triadica” tedesca che comprende l’elemento della idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto della misura amministrativa adottata»⁶⁹. Al riguardo, va però evidenziato che a fronte di un sostanziale allineamento della giurisprudenza amministrativa alla teoria c.d. «a tre gradini», soltanto in poche occasioni è stata in maniera espressa esplicitata l’indagine trifasica. In particolare, con riguardo al terzo parametro dell’«adeguatezza» o della «proporzionalità in senso stretto», la giurisprudenza ha mostrato, almeno in apparenza, di non considerarlo nel sindacato sulla legittimità del potere esercitato. Tuttavia, dall’analisi della giurisprudenza amministrativa emerge che il parametro della «proporzionalità in senso stretto» risulta imprescindibile; mancando, infatti, l’elemento dell’adeguatezza, ovvero il rapporto tra effetti sfavorevoli per il destinatario ed effetti favorevoli per l’interesse pubblico, le misure

giurisprudenza, uno dei vizi più frequentemente sottoposti alla cognizione del giudice amministrativo».

⁶⁸ Il principio di proporzionalità «si risolve, in sostanza, nell’affermazione secondo cui le autorità comunitarie e nazionali non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l’autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all’obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente sia disponibile». Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, in G. CORSO, G. FARES, *Il provvedimento amministrativo nella giurisprudenza*, op. cit., pp. 182-183.

⁶⁹ Così V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità*, op. cit., p.126. Sul punto cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, 3 marzo 2009, n. 7493, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, in cui si afferma che «Il principio di proporzionalità, che investe lo stesso fondamento dei provvedimenti limitativi delle sfere giuridiche del cittadino (in specie quelle di ordine fondamentale) e non solo la graduazione della sanzione, assume nell’ordinamento interno lo stesso significato che ha nell’ordinamento comunitario, come confermato dalla clausola di formale recezione ex art. 1, comma 1, della l. n. 241 del 1990 come novellato dalla l. n.15 del 2005. Tale principio, si articola nei distinti profili inerenti l’idoneità, ovvero il rapporto tra il mezzo adoperato e l’obiettivo perseguito, risultando in virtù di tale parametro legittimo l’esercizio del potere solo se la soluzione adottata consenta di raggiungere l’obiettivo; la necessità, ovvero l’assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo, dovendo in virtù di tale parametro la scelta tra tutti i mezzi astrattamente idonei cadere su quella che comporti il minor sacrificio; l’adeguatezza, ovvero la tollerabilità della restrizione per il privato, risultando, in virtù di tale parametro, legittimo l’esercizio del potere, pur idoneo e necessario, solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi».

adottate sono state ritenute inadeguate e, di conseguenza, annullate⁷⁰.

In tale ambito, va evidenziato, infine, che nell'ambito della giurisprudenza amministrativa permane un consistente numero di pronunce nelle quali vengono congiuntamente applicati i principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Tuttavia, tali ultimi principi vanno tenuti distinti. Infatti, nonostante la proporzionalità e la ragionevolezza siano entrambi considerati vincoli sostanziali dell'azione amministrativa, canoni giuridici che garantiscono la legittimità dei provvedimenti in concreto adottati, essi sono, in realtà, principi assolutamente diversi.

Come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, entrambi i principi costituiscono diretta espressione dei principi costituzionali contenuti negli artt. 3 e 97 della Costituzione. In particolare, la ragionevolezza è «principio assoluto, in quanto non entra in comparazione con gli altri principi e non è derogabile» ed esprime il canone secondo cui sono, in generale, vietate le decisioni arbitrarie o irragionevoli. Esso è regola dell'attività di comparazione e bilanciamento degli interessi coinvolti, in cui si esprime l'essenza del potere amministrativo e della discrezionalità, in particolare esso attiene al bilanciamento qualitativo degli interessi ed esprime la regola in base alla quale l'amministrazione è tenuta a bilanciare gli interessi compresenti nel procedimento in maniera plausibile e giustificabile⁷¹. Mentre la ragionevolezza attiene al bilanciamento qualitativo degli interessi (plausibilità e giustificabilità), la proporzionalità riguarda il bilanciamento quantitativo, ossia la misura concreta del potere esercitato.

«La ragionevolezza giustifica, dunque, l'esercizio del potere in sé considerato, la proporzionalità, invece, presupponendo una scelta qualitativamente ragionevole, ne è parametro di legittimità sotto il profilo quantitativo, riferendosi alla necessità che la scelta sia concretamente posta in essere con l'esercizio di una quantità di potere che sia idonea al perseguimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio per il contrapposto interesse

⁷⁰ La proporzionalità dell'azione amministrativa si connota, pertanto, degli elementi costitutivi della «idoneità» (in base al quale lo strumento utilizzato deve essere suscettibile di conseguire il risultato del soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito), della «necessarietà» (secondo cui l'azione deve conformarsi alla regola del mezzo più mite, dovendosi optare per la soluzione che consente di raggiungere il risultato con il minore sacrificio degli interessi coinvolti) e della «adeguatezza». Così T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 16 aprile 2010, n. 3933, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁷¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 6 febbraio 1993, n. 3, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, dove si afferma che ai fini del sindacato di legittimità (nel caso di specie relativo alla verifica della ragionevolezza dell'azione amministrativa), «non ci si deve chiedere se un certo valore, isolatamente considerato, sia stato sacrificato, ma ci si deve chiedere piuttosto se il sacrificio sia "ragionevole" tenuto conto della pluralità di valori e della necessità di stabilire un equilibrio fra loro».

privato che ne è inciso»⁷².

La ragionevolezza e la proporzionalità costituiscono, pertanto, vincoli sostanziali dell'azione amministrativa, la cui osservanza è necessaria ai fini della legittimità dei provvedimenti in concreto adottati.

3.3. IL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ E L'OBBLIGO RISARCITORIO

Il diritto europeo, ispirandosi anche agli ordinamenti giuridici di *common law*, ha previsto sin dall'origine la risarcibilità dei danni cagionati dalle istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni. Il principio in esame è direttamente riconducibile ad una norma del Trattato ed esprime il fondamentale canone in base al quale anche i pubblici poteri che abbiano cagionato un danno mediante un'azione colposa o dolosa sono chiamati a risarcire il danno.

In particolare, l'art. 340 TFUE stabilisce che in materia di responsabilità extracontrattuale l'Unione europea «deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

Non vi è dubbio che la sentenza più importante, in quanto è quella che direttamente riguarda il principio in commento, sia quella relativa al caso *Francovich*⁷³, tuttavia, prima di questa, importanti affermazioni in merito sono rinvenibili in altre pronunce.

Già nel caso *Van Gend & Loos*⁷⁴ la Corte affermò che l'ordinamento europeo conferisce diritti soggettivi ai singoli, azionabili innanzi ai giudici nazionali, non soltanto nei casi in cui il Trattato li menzioni in modo espresso, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni europee. Nel 1976 venne riconosciuta la sussistenza della responsabilità in capo allo Stato per i danni cagionati dall'azione amministrativa in contrasto con il diritto europeo⁷⁵.

⁷²Così, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 16 aprile 2010, n. 3933, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁷³ Corte di Giustizia, sentenza 19 novembre 1991, *Francovich e altri c. Repubblica italiana*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁷⁴ Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, causa C-26/62, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁷⁵ Corte di Giustizia, sentenza 22 gennaio 1976, causa C-60/75, *Carmine Antonio Russo c. Azienda di Stato* per gli interventi sul mercato agricolo (aima), in <http://www.eur-lex.europa.eu>. In particolare punto n. 9 dove la corte afferma che «nell'ipotesi che il danno derivi dalla violazione di una norma di diritto comunitario da parte dello stato, questo dovrà risponderne, nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni di diritto interno relative alla responsabilità della pubblica amministrazione».

Ma è proprio a partire con la sentenza resa nel caso *Francovich* che si riscontra una piena attuazione del principio della responsabilità degli Stati membri con il relativo obbligo risarcitorio a fronte della mancata trasposizione nell'ordinamento interno di direttive che, in quanto aventi un contenuto non sufficientemente dettagliato, non avrebbero potuto trovare applicazione diretta a vantaggio dei soggetti privati. L'impossibilità per il singolo di esercitare un diritto attribuito da una direttiva, la quale necessita dell'attività di recepimento da parte dello Stato, ha ricevuto, quindi, tutela attraverso il riconoscimento del risarcimento danni.

La risarcibilità del danno arrecato dalla mancata trasposizione di una direttiva nell'ordinamento interno viene però subordinata al ricorrere di precise condizioni. La direttiva inattuata deve attribuire in modo chiaro ed incondizionato un diritto in favore dei singoli e deve, inoltre, sussistere un nesso di causalità tra il mancato recepimento della norma europea ed il danno patito dal soggetto leso.

La Corte di giustizia ha poi ulteriormente precisato le condizioni in presenza delle quali sorge l'obbligo risarcitorio degli Stati membri. Con le sentenze *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*⁷⁶ viene innanzitutto riconosciuta la tutela risarcitoria anche nei casi di lesione di un diritto direttamente riconosciuto da una norma di diritto europeo e come tale immediatamente tutelabile davanti al giudice nazionale.

Nelle citate sentenze viene stabilito che la responsabilità per danni sorge a fronte della violazione grave e manifesta di una norma attributiva di diritti. A tal riguardo, la Corte ha sottolineato che occorre tenere in debita considerazione una serie di elementi quali il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere doloso o colposo della violazione e del conseguente danno, la scusabilità o meno di un eventuale errore di diritto ed infine l'ampiezza del potere discrezionale riservata alle autorità nazionali.

In tale contesto, la responsabilità viene riconosciuta in capo allo Stato considerato nella sua unità a prescindere dal fatto che esso eserciti il potere legislativo, giudiziario o esecutivo.

La giurisprudenza europea, a partire dalla sentenza *Köbler*⁷⁷, ha riconosciuto la

⁷⁶ Corte di Giustizia, sentenza 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, cause riunite C-56/93 e C-48/93, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁷⁷ «Il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono loro imputabili si applica anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado. Infatti, questo principio, inerente al sistema del Trattato, ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od

responsabilità degli Stati membri per danni arrecati ai singoli anche nel caso in cui la violazione del diritto europeo sia imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza. Tale sentenza ha sollevato le critiche da parte di coloro che hanno ritenuto in questo modo violato il principio della intangibilità del giudicato, nel punto in cui i giudici di Lussemburgo hanno posto in luce che la «responsabilità dello Stato per effetto di una decisione giurisdizionale irrevocabile contraria al diritto comunitario, lungi dal violare tale principio, lo presuppone. Infatti, si può affermare che la violazione grave e manifesta sussista proprio in ragione del fatto che la lesione della norma comunitaria è divenuta «definitiva» per effetto di una pronuncia che è immutabile»⁷⁸. Al riguardo va osservato, inoltre, che il principio di responsabilità postula il risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha determinato il danno.

A breve distanza di tempo, con la sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, la Corte di giustizia è nuovamente tornata sull'argomento, affermando che, ai fini della responsabilità dello Stato membro per effetto di pronunce giurisdizionali emesse da organi di ultimo grado, è necessaria, tra l'altro come già in precedenza indicato nella sentenza *Köbler*, che l'organo giurisdizionale abbia violato in modo grave e manifesto il diritto europeo. Tale violazione manifesta si valuta, in particolare, alla luce di un certo numero di criteri quali il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto commesso. A tal proposito, la Corte ha stabilito, inoltre, che se non si può escludere che il diritto nazionale precisi i criteri, relativi alla natura o al grado di una violazione, da soddisfare affinché possa sorgere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, tali criteri non possono, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente⁷⁹.

Per quanto riguarda l'argomento del superamento del giudicato, grande importanza riveste la sentenza resa nel caso *Lucchini*, nella quale la Corte è giunta a consentire la disapplicazione dell'art. 2909 c.c., il quale sancisce l'intangibilità della cosa giudicata, dal momento che la pronuncia del giudice nazionale aveva riconosciuto il diritto a ricevere aiuti di Stato che alla luce della normativa europea non avrebbero dovuto essere concessi. La Corte ha, quindi, ritenuto che il rispetto del diritto europeo può, in determinati ipotesi,

omissione ha dato origine alla trasgressione». Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁷⁸ O. GRASSO, *I principi generali dell'attività amministrativa*, op.cit., p. 32.

⁷⁹ Corte di Giustizia, sentenza 14 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A. c. Repubblica italiana*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

imporre il superamento del principio di autorità di cosa giudicata⁸⁰.

3.4. IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE

Il principio di precauzione può essere ragionevolmente annoverato tra i principi generali del diritto europeo e, come tale, applicabile anche nei casi in cui la legislazione non lo menzioni in modo esplicito.

Tale principio obbliga le competenti autorità ad adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire «taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente, facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici»⁸¹. Il principio in argomento è espressamente previsto dall'art. 191 TFUE dove si afferma che la politica dell'Unione in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela ed è fondata sui «principi di precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio di “chi inquina paga”». Il principio in commento è, inoltre, espressamente richiamato anche dall'art. 11 TFUE sull'integrazione dell'ambiente in ogni politica dell'Unione, dagli artt. 4 lett. e) e 168 TFUE sulla protezione della salute e dagli artt. 169, par. 1 e 2 TFUE, che fanno riferimento alla protezione dei consumatori. Il principio di precauzione viene, inoltre, citato in un gran numero di fonti normative europee relative a settori diversi dall'ambiente e dalla salute quali: la sicurezza alimentare, la regolamentazione dell'utilizzo degli organismi geneticamente modificati, la ricerca, i fondi strutturali e gli aiuti di Stato.

Il principio di precauzione è, quindi, un principio generale del diritto europeo e

⁸⁰ Corte di Giustizia, sentenza 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini S.p.A.*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>. Con tale pronuncia la Corte di Giustizia ha affrontato, risolvendola negativamente, la questione se il principio dell'autorità di cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c. può essere invocato come motivo ostativo al recupero di un aiuto di stato dichiarato incompatibile dalla Commissione. In particolare, al punto n. 63 della sentenza, la Corte afferma che «le questioni sollevate vanno pertanto risolte nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva».

⁸¹ V. sul punto, Tribunale di primo grado, Sez. II ampliata, sentenza 26 novembre 2002, cause riunite T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 e T-141/00, *Artegodan GmbH e altri c. Commissione delle Comunità europee*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, punto n. 184: «ne consegue che il principio di precauzione può essere definito come un principio generale del diritto comunitario [...]. Infatti, essendo le istituzioni comunitarie responsabili, in tutti i loro ambiti d'azione, della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente, il principio di precauzione può essere considerato come un principio autonomo che discende dalle menzionate disposizioni del Trattato».

costituisce, in primo luogo, un criterio guida che impone l'adozione di misure per l'appunto precauzionali, al fine di escludere, limitare e ridurre il rischio connesso con specifiche attività umane. Il principio in commento rappresenta, inoltre, un vincolo atto ad interdire qualsiasi operazione che presenti un rischio per la salute umana o per l'ambiente, anche in presenza dell'incertezza sull'entità e consistenza di tale rischio.

Con riguardo al significato da attribuire al concetto di rischio, si può ritenere che il rischio che giustifica la decisione precauzionale, nei casi di incertezza tecnico-scientifica, debba essere probabile e non solo possibile e che tale probabilità debba essere accertata attraverso una preliminare valutazione scientifica obiettiva. Il giudice europeo utilizza la distinzione tra rischio probabile, (che rende legittima la decisione precauzionale) e pericolo possibile (che non la legittima), cosicché soltanto indizi seri possono legittimare l'adozione di una misura precauzionale⁸².

In assenza di presupposti certi dal punto di vista tecnico-scientifico, appare allora chiaro il fondamentale ruolo svolto dal principio di ragionevolezza nel procedimento decisionale del pubblico potere, volto all'applicazione di una misura precauzionale. Il principio di ragionevolezza si ritrova essenzialmente nel vincolo procedimentale della decisione precauzionale, che in base a quanto stabilito dall'art. 191, par. 3 TFUE deve:

- i) basarsi su dati scientifici e tecnici disponibili;
- ii) deve essere adeguata alle condizioni concrete dei luoghi in cui deve avere esecuzione e proporzionata ai suoi scopi;
- iii) fondarsi, infine, su un'analisi costi-benefici.

Il concetto di rischio probabile costituisce, dunque, il presupposto fondamentale e necessario della decisione precauzionale.

Al riguardo, va rilevato che non essendo possibile assicurare un livello di «rischio zero», non risulta, conseguentemente, concepibile richiedere la c.d. «prova di innocuità», ossia la dimostrazione con assoluta certezza che un prodotto o processo siano innocui. Pertanto, nel caso in cui la valutazione scientifica non consenta di stabilire con sufficiente certezza l'esistenza del rischio, la portata del potere discrezionale dell'istituzione competente e la conseguente scelta di ricorrere o meno al principio di precauzione dipende dal livello di protezione scelto dalla competente autorità nell'esercizio del suo potere discrezionale, tenuto conto anche delle priorità individuate dalla stessa amministrazione, in

⁸² Sul punto, cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, op. cit., p. 424.

relazione agli obiettivi perseguiti in conformità delle norme pertinenti del Trattato e del diritto derivato. «Tale scelta deve tuttavia essere conforme al principio della preminenza della tutela della salute, della sicurezza e dell'ambiente sugli interessi economici, nonché ai principi di proporzionalità e di non discriminazione»⁸³.

La valutazione del rischio potrebbe rivelare che sussiste un'incertezza scientifica riguardo all'esistenza o alla portata di rischi reali per la salute. In tali circostanze, così come statuito dal giudice europeo, bisogna ammettere che uno Stato membro possa adottare, in forza del principio di precauzione, misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi, tuttavia la valutazione del rischio non può basarsi su considerazioni puramente ipotetiche. In ogni caso, l'onere della prova in ordine al rischio probabile grava, comunque, sull'amministrazione che adotta la misura precauzionale⁸⁴.

Per quanto evidenziato, la valutazione del rischio o «*comprehensive risk assessment*» costituisce, dunque, una fase procedimentale necessaria in caso di adozione di misure precauzionali.

Nell'ordinamento giuridico nazionale, il principio in commento è contenuto nell'art. 301 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 «Norme in materia ambientale», che opera un rinvio esplicito al principio di precauzione di cui all'art. 174 Trattato CE (ora art. 191 TFUE). Particolare importanza risulta avere il comma 4 dell'art. 301 t.u. ambiente, in quanto in esso sono indicate le caratteristiche delle misure precauzionali, riprese dai contenuti della Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione del 2 febbraio 2000.

L'art. 301, comma 4 t.u. ambiente, nell'indicare che «il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, in applicazione del principio di precauzione, ha facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione», individua le caratteristiche delle misure precauzionali: la proporzionalità, la non discriminatorietà, l'adozione a seguito di analisi costi benefici e la provvisorietà.

⁸³ Tribunale di primo grado, Sez. II, sentenza 21 ottobre 2003, causa C-192/01, *Solvay Pharmaceuticals BV c. Consiglio dell'Unione europea*, punto n. 125; Tribunale di primo grado, Sez. II ampliata, sentenza 26 novembre 2002, cause riunite T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 e T-141/00, *Artegodan GmbH e altri c. Commissione delle Comunità europee*, punto n. 186, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁸⁴ Corte di Giustizia, sentenza 23 settembre 2003, causa C-192/01, *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Danimarca*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, punto n. 52: «Qualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito a causa della natura insufficiente, inconcludente o imprecisa dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive».

In ordine alla proporzionalità, va evidenziato che la citata Comunicazione della Commissione stabilisce che «proporzionalità significa configurare le misure secondo il livello di protezione», coerentemente con tale nozione. Con riguardo a tale ultimo principio, la giurisprudenza europea ha evidenziato che l'adozione di misure di cautela è possibile a fronte di pericoli per la salute, l'ambiente o per la sicurezza dei consumatori, tuttavia, tali misure devono risultare le meno restrittive possibili. Le misure precauzionali devono, pertanto, risultare, idonee, necessarie e adeguate al fine perseguito.

Il concetto di non discriminazione significa che situazioni comparabili non devono essere trattate in modo diverso e che situazioni diverse non debbono essere trattate nello stesso modo, a meno che non vi siano motivi oggettivi.

Con riguardo alla necessità dell'analisi costi-benefici, la giurisprudenza europea ha affermato che, nell'adottare una misura precauzionale, le istituzioni pubbliche devono valutare il rischio ma anche il beneficio atteso. Potranno, quindi, essere accettati rischi elevati soltanto nell'ipotesi in cui essi siano compensati da benefici altrettanto elevati.

Infine, le misure precauzionali sono caratterizzate dalla provvisorietà. Tale concetto, alla luce della continua evoluzione della ricerca scientifica, significa che le misure basate sul principio precauzionale dovrebbero essere mantenute finché le informazioni scientifiche risultano incomplete o non concludenti e il rischio è considerato ancora troppo elevato da essere imposto alla società, tenuto conto del livello di protezione prescelto.

In sintesi, le misure vengono adottate in una situazione di incertezza scientifica e non possono avere una durata indefinita; esse devono, pertanto, essere riviste periodicamente alla luce dei progressi scientifici e, se necessario, modificate.

In tale contesto, appare allora chiaro che un'istituzione che decida di emanare o meno un provvedimento precauzionale, non avendo la piena certezza scientifica, potrà porre in essere un'attività legittima o illegittima a seconda che abbia condotto un'istruttoria adeguata, valutato gli elementi in possesso secondo ragionevolezza ed abbia, inoltre, adottato misure proporzionate e adeguate ed abbia, infine, svolto correttamente un'analisi del rapporto tra costi e benefici.

4. I DIRITTI FONDAMENTALI QUALI PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO EUROPEO

Anche nel campo della tutela dei diritti fondamentali la categoria dei principi generali ha giocato un ruolo decisivo, tanto che, secondo parte della dottrina, la previsione attuale

del Trattato costituisce semplicemente una conferma della giurisprudenza della Corte di giustizia⁸⁵.

Attualmente il Trattato dell'Unione europea all'art. 6, paragrafo 3 stabilisce che «i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Lo stesso articolo prevede ora anche l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale previsione consacra, quindi, la tecnica pretoria dell'incorporazione della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico europeo attraverso il ricorso ai principi generali.

In passato, i diritti fondamentali nell'ordinamento europeo non erano espressamente tutelati. Negli anni sessanta, la Corte affermò l'irrilevanza sul piano del diritto dell'Unione dei diritti fondamentali tutelati dalle Costituzioni degli Stati membri e la propria incompetenza a garantire il rispetto di norme interne, anche costituzionali, in vigore negli Stati membri. Per tale motivo, la Corte costituzionale italiana e tedesca, sottolineando questa carenza, sostennero la necessità di tenere fermo la propria competenza ad effettuare il sindacato sulle leggi di attuazione degli obblighi assunti dagli Stati in sede europea.

In particolare, le citate Corti prospettarono la necessità di valutare, alla luce delle norme costituzionali nazionali, la legittimità degli atti normativi comunitari contrastanti con le libertà garantite dalle carte costituzionali.

Un decennio più tardi, la Corte volta pagina e nel 1970 arriva ad affermare che «la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza»⁸⁶, essa ha, inoltre, sostenuto di essere pronta a

⁸⁵ «Può affermarsi che, codificando il consolidato orientamento della giurisprudenza, il Trattato di Maastricht non ha comportato una novazione della fonte, ma ha semplicemente ribadito l'esistenza di un patrimonio costituzionale comune», così G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, p. 59.

Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 maggio 2005, in Cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Procedimenti penali a carico di Silvio Berlusconi e altri*, dove al punto n. 67 viene «ricordato che, secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, quest'ultima s'ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito». Viene, inoltre, ribadito che i principi generali del diritto dell'Unione europea devono essere osservati dal giudice nazionale «quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁸⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, in causa C-25/70 avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia dalla Corte amministrativa dell'Assia, nella causa dinanzi ad esso pendente tra *Einfuhr- und Vorratsstelle Fuer Getreide und Futtermittel di Francoforte sul Meno e Koester, Berodt und C.*, con sede in Amburgo, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

verificare la legittimità delle attività e degli atti delle istituzioni europee alla luce dei principi generali del diritto comuni agli Stati membri ed ai diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte ha, quindi, recepito la parte materiale della Convenzione, pur ritenendo che non vi fosse la competenza per aderire ad essa.

In sostanza, la Corte di Lussemburgo ha riservato alla sua giurisdizione la competenza nel verificare di volta in volta il rispetto dei diritti fondamentali, ovviamente nelle situazioni in cui rileva la disciplina del diritto europeo non la sola disciplina interna. Infatti, il controllo della Corte, rispetto al parametro dei diritti fondamentali, investe: gli atti dell'Unione, gli atti ed i provvedimenti degli Stati membri attraverso cui viene data attuazione al diritto europeo ed, infine, le giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione. Rimangono, pertanto, fuori dell'ambito del controllo solo le norme nazionali prive di qualsiasi legame con il diritto dell'Unione⁸⁷.

Anche in questo caso è stata, quindi, la Corte di giustizia ad assumere il compito di integrare l'ordinamento e riconducendo i diritti fondamentali alla categoria dei principi generali del diritto europeo è riuscita nell'intento di preservare il principio di autonomia dell'ordinamento europeo.

I diritti fondamentali, fino a quel momento, sostanzialmente assenti dalla scena comunitaria, vi fanno ingresso in veste di principi generali. Essi sono da considerare tali non solo per rango ma, soprattutto, per tecnica di formazione dal momento che confluiscono nel diritto europeo provenendo dall'esterno, in particolare dai diritti nazionali e dal diritto internazionale⁸⁸.

Nel processo di individuazione dei diritti-principi fondamentali, la Corte ha seguito il medesimo percorso già utilizzato nella selezione dei principi generali ordinari. Anche in questo caso, il criterio di partenza del processo di incorporazione è dato dalla necessità di colmare lacune del diritto europeo e ciò nella chiara prospettiva di fornire una tangibile tutela dei diritti fondamentali. Il processo di individuazione e selezione dei diritti e il ricorso alla categoria dei principi generali costituì una soluzione tanto originale quanto

⁸⁷ Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., pp. 131-133.

⁸⁸ «Com'è noto, a questi approdi la Corte giunse dopo una non breve fase iniziale nella quale il suo atteggiamento sul problema del riconoscimento dei diritti fondamentali in un contesto comunitario era stato di sostanziale rifiuto. La ragione del *revirement* dipese solo in parte dalla necessità tattica di evitare uno scontro frontale con le Corti costituzionali nazionali e rispose nella sostanza all'esigenza di rafforzare la legittimazione del diritto comunitario e di garantirne ad un tempo la supremazia nei confronti dei diritti nazionali e l'uniforme applicazione in tutti i paesi membri». Così D. DE PRETIS, *I principi europei del diritto amministrativo europeo*, op.cit., pp. 56-57.

efficace, tant'è che se pur il Trattato abbia ormai provveduto alla «costituzionalizzazione» della tutela dei diritti fondamentali, la formula del principio generale rimane tutt'ora un presidio per la loro tutela.

Il ricorso alla categoria dei principi generali ha permesso il raggiungimento di tre obiettivi. In primo luogo, ha consentito l'apertura dell'ordinamento giuridico europeo al riconoscimento ed alla tutela dei diritti fondamentali, anche in assenza di una esplicita previsione dei Trattati. In secondo luogo, ha garantito al diritto europeo modalità di adattamento flessibili, permettendo così di incorporare con continuità i diritti vagliati, di volta in volta, alla luce dei giudizi di valore e delle esigenze e delle finalità del sistema e del suo grado di maturità. Infine, la tecnica dell'incorporazione ed il ricorso alla categoria dei principi generali, ha permesso di preservare l'indipendenza del diritto dell'Unione europea rispetto da altri ordinamenti giuridici. Gli elementi tratti dagli altri sistemi vengono, infatti, acquisiti, senza automatismi, solo a seguito di una specifica operazione di selezione e soltanto al termine di un giudizio di compatibilità.

La Corte, infatti, sin dalle prime pronunce ha negato che le disposizioni costituzionali degli Stati membri poste a tutela dei diritti fondamentali possano essere considerate direttamente vincolanti, ritenendo, invece, che esse costituiscano delle previsioni di cui tener conto nel diritto comunitario; in altri termini, utili riferimenti cui tener conto nella costruzione di principi non scritti di rango costituzionale. La stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo viene considerata quale testo di riferimento in quanto espressione di uno standard comune europeo di protezione dei diritti fondamentali, una piattaforma dalla quale enucleare i principi attraverso la consueta tecnica di selezione⁸⁹.

Allo stesso modo e anteriormente al formale riconoscimento del suo valore di fonte primaria, la Corte ha fatto riferimento anche alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, richiamandosi ad essa non in quanto fonte vincolante, ma per i suoi contenuti ricognitivi dei diritti fondamentali corrispondenti alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁹⁰.

⁸⁹ Attualmente l'art. 6, paragrafo 2 TUE sancisce l'impegno e la competenza dell'Unione europea in ordine all'adesione alla CEDU, ferme restando le competenze dell'Unione così come definite dai Trattati. L'effettiva adesione alla CEDU resta subordinata alla stipulazione di un accordo internazionale che, ai sensi dell'art. 218 TFUE, deve essere concluso dal Consiglio all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. Nella sostanza, l'adesione dell'UE alla CEDU determinerà l'estensione del sindacato della Corte di Strasburgo sulle questioni riguardanti l'Unione che vertano in materia di diritti dell'uomo.

⁹⁰ A seguito del processo di riforma dei Trattati conclusosi con la firma del Trattato di Lisbona il 13 dicembre 2007 e la sua entrata in vigore il 1° dicembre 2007, la Carta ha ora lo stesso valore giuridico dei Trattati. Al riguardo, l'art. 6, paragrafo 1, TUE stabilisce che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i

5. IL «DIRITTO» AD UNA BUONA AMMINISTRAZIONE PUBBLICA IN AMBITO EUROPEO

L'ordinamento giuridico dell'Unione europea riconosce e garantisce ai propri cittadini nei rapporti con le pubbliche amministrazioni il c.d. «diritto ad una buona amministrazione». Tale diritto è solennemente enunciato nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000⁹¹ e rientra tra i «principi generali dello Stato di diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri»⁹². Al riguardo, va sottolineato che nel periodo antecedente l'emanazione della Carta dei diritti, il principio di buona amministrazione, pur non essendo enunciato nei Trattati, si era comunque già affermato nell'ordinamento giuridico europeo attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia. Sotto tale profilo, sono numerose le pronunce in cui viene la Corte richiama esplicitamente il principio di buona amministrazione, per affermare l'obbligo delle istituzioni europee di procedere ad un esame diligente ed imparziale degli interessi in gioco.

La giurisprudenza europea ha, inoltre, individuato molteplici corollari del principio in argomento, fra cui spiccano il dovere di aprire un'inchiesta e di concluderne il procedimento entro un termine ragionevole, nonché il dovere di audizione degli interessati, onde assicurare la garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa⁹³. Con la Carta di Nizza si è, pertanto, provveduto alla codificazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea.

L'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato «diritto ad una buona amministrazione», attribuisce in modo innovativo al principio di «buona amministrazione» un ruolo di fondamentale importanza nell'ambito dell'ordinamento europeo, al punto tale da costituire un vero e proprio «diritto» riconosciuto ad ogni persona. Il diritto in argomento non viene riconosciuto in via esclusiva ai cittadini dell'Unione europea, bensì ad ogni persona (sia fisica che giuridica) che per qualsiasi motivo si relazioni con l'organizzazione dell'Unione. In secondo luogo, la buona

principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

⁹¹ A seguito dell'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, la Carta di Nizza ha assunto per espressa previsione dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea «lo stesso valore giuridico dei trattati».

⁹² Tribunale di Primo grado, sez. II, sentenza 30 gennaio 2002, causa T-54/99, *max. mobil Telekommunikation Service GmbH Interporc Im-und Export GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, in D.U. GALETTA, G. BOTTINO, *Materiali per un corso di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2008, p. 32.

⁹³ Cfr. A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012, pp. 58-59.

amministrazione non viene più declinata alla stregua di un principio di carattere organizzativo e funzionale, ma costituisce l'oggetto di una situazione giuridica soggettiva, riconosciuta ed attribuita a chi si ponga in rapporto con le istituzioni ed amministrazioni europee e, come tale, azionabile e tutelabile anche in sede giurisdizionale⁹⁴.

Con riguardo ai contenuti del diritto ad una buona amministrazione, va evidenziato che l'art. 41 della Carta di Nizza riconosce ai cittadini europei una serie significativa di prerogative e facoltà che concorrono a configurare la nozione europea di buona amministrazione. Si tratta, a ben vedere, di facoltà e prerogative da tempo riconosciute in molti ordinamenti nazionali, che si sostanziano in un vincolo di portata generale gravante sui pubblici poteri a che questi non rimangano colpevolmente inerti nell'espletamento delle proprie funzioni. I diritti esplicitati dall'art. 41 della Carta di Nizza sono in particolare:

- i) il diritto all'imparzialità e all'equità dell'azione amministrativa;
- ii) il diritto alla ragionevole durata delle procedure amministrative;
- iii) il diritto ad essere ascoltati prima dell'adozione di un provvedimento individuale pregiudizievole di una posizione giuridica soggettiva, il diritto di accedere al proprio fascicolo e l'obbligo di motivazione delle decisioni;
- iv) il diritto ad ottenere dalle amministrazioni europee «conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri», il risarcimento del danno arrecato in conseguenza dell'esercizio delle pubbliche funzioni.

Per comprendere quale sia l'effettivo contenuto dei citati diritti, occorre tenere presente che le garanzie contenute nell'art. 41 della Carta di Nizza costituiscono, così come in precedenza evidenziato, il portato delle garanzie enucleate, nel corso del tempo, dalla giurisprudenza europea e da questa elevate al rango di principi generali del diritto dell'Unione europea.

La novità della Carta di Nizza consiste nell'aver trasfuso e conseguentemente cristallizzato queste garanzie in una norma di diritto positivo. Di conseguenza, il richiamo alla precedente giurisprudenza rimane un elemento di riferimento imprescindibile per la corretta comprensione dei diritti sanciti nell'art. 41 della Carta di Nizza⁹⁵.

Con riguardo ai «destinatari passivi» della norma in esame, va evidenziato che l'art. 51 della Carta di Nizza stabilisce che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle

⁹⁴ Così A. GIUFFRIDA, *op. ult. cit.*, p. 62.

⁹⁵ Cfr. D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Riv. Diritto Amministrativo*, Anno XVIII, n. 3, 2010, pp. 618-620.

istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, così come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». Di contro, l'art. 41 della Carta fa riferimento soltanto alle «istituzioni» ed agli «organi» dell'Unione quali soggetti passivi dei diritti elencati nell'articolo stesso.

In dottrina, si sono manifestate due tesi contrapposte: una prima tesi, favorevole all'interpretazione dell'ambito di applicazione del diritto ad una buona amministrazione in conformità a quanto indicato dal citato art.51; una seconda tesi, peraltro minoritaria, che ha sostenuto come l'ambito di applicazione del diritto ad una buona amministrazione debba intendersi riferito solo a quei soggetti espressamente indicati nell'art. 41, §1 della Carta di Nizza. Così come evidenziato da autorevole dottrina, la seconda tesi non merita accoglimento in quanto l'ordinamento europeo, nel fissare standard di tutela elevati, anche attraverso l'elaborazione di principi generali, non ha mai operato distinzioni fra amministrazione comunitaria diretta e amministrazione comunitaria indiretta o mista. Da quanto evidenziato, deriva che l'art. 41 della Carta di Nizza si applica anche alle ipotesi di amministrazione indiretta del diritto dell'Unione europea, cioè, l'amministrazione operata dagli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione europea⁹⁶.

Per quanto evidenziato, è possibile allora affermare che il diritto ad una buona amministrazione colloca la persona al centro del sistema amministrativo non solo europeo, ma anche nazionale. Tale approccio rappresenta con tutta evidenza un'opzione del tutto nuova nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano che tende, da un lato, a configurare la buona amministrazione alla stregua di una regola di esercizio del potere (tanto dal punto di vista organizzativo che funzionale) e, dall'altro, «finisce per plasmare il rapporto tra Pubblica Amministrazione e cittadino in funzione delle esigenze della parte pubblica e dell'esercizio del potere più che nella prospettiva dello svolgimento di un servizio o di una missione nell'interesse dei cittadini»⁹⁷. Soltanto di recente, soprattutto attraverso il continuo recepimento del sistema di principi di matrice europea, si è assistito

⁹⁶ Così D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, op. cit., pp. 629-630; «un'interpretazione dell'art. 41 CDUE intesa a limitarne l'ambito di applicazione alle sole ipotesi di amministrazione UE diretta sarebbe dunque – oltre che priva di senso – anche contraria ad un criterio di interpretazione sistematica ed assiologica dell'art.41 della Carta dei diritti, che tenga conto anche della volontà espressamente dichiarata dai redattori della Carta nel suo preambolo e nelle spiegazioni ad essa allegate. Dopo di che, una siffatta interpretazione restrittiva sarebbe senz'altro contraria anche al principio di eguaglianza, sancito più volte nei Trattati e nella stessa Carta di Nizza», così D.U. GALETTA, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Riv. Il Diritto dell'Unione Europea*, Milano, n. 1/2013, pp. 135-138.

⁹⁷ Così A. GIUFFRIDA, op. cit., p. 66.

nell'ordinamento giuridico italiano ad un parziale superamento di questa impostazione, che purtroppo caratterizza, almeno nella prassi, i rapporti tra la Pubblica Amministrazione ed i cittadini.

CAPITOLO II

I PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO EUROPEO E L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA NAZIONALE

SOMMARIO: 1. Il principio delle competenze di attribuzione: i principi di sussidiarietà e proporzionalità. - 1.1. La clausola di flessibilità e la teoria dei poteri impliciti. - 1.1.1. Poteri impliciti e principio di legalità nell'ordinamento giuridico italiano-brevi cenni. - 2. L'effetto diretto e il primato del diritto dell'Unione europea. - 2.1. L'effetto diretto delle norme dell'Unione europea. La distinzione tra effetto diretto diretta applicabilità. I principi generali e l'effetto diretto. - 2.1.1. L'effetto diretto dei principi generali del diritto dell'Unione europea. - 3. Il significato del rinvio ai «principi dell'ordinamento comunitario» contenuto nell'art.1, comma 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241: il superamento del concetto di situazioni meramente interne. - 3.1. Il riferimento ai «principi dell'ordinamento comunitario». - 3.2. Il rinvio «mobile» ai principi dell'ordinamento europeo. - 3.3. Implicazioni del rinvio operato dall'art.1, comma 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

1. IL PRINCIPIO DELLE COMPETENZE DI ATTRIBUZIONE: I PRINCIPI DI SUSSIDIARIETÀ E PROPORZIONALITÀ

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo, il principio di attribuzione delle competenze svolge un ruolo fondamentale nella ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri. Per effetto di tale principio, l'Unione europea, a differenza degli Stati che sono enti provvisti di competenze generali, è dotata soltanto delle competenze attribuite dai Trattati istitutivi per la realizzazione degli obiettivi da questi stabiliti. La generalità delle competenze appartiene, quindi, agli Stati e, di conseguenza, l'Unione gode soltanto di quelle competenze che specificamente le sono conferite dagli Stati membri attraverso i Trattati.

Nel periodo antecedente l'approvazione del Trattato di Lisbona, la ripartizione delle competenze tra la Comunità e gli Stati membri non era espressa in modo diretto. In particolare, le competenze non erano attribuite in relazione alle materie, bensì in ragione degli obiettivi da perseguire, delle funzioni da svolgere e delle azioni da porre in essere. Pertanto, la concreta estensione delle competenze delle istituzioni europee poteva essere dedotta dall'analisi delle norme con le quali venivano indicate le finalità da perseguire. Tale quadro normativo, rendeva particolarmente complessa la determinazione della

ripartizione di competenze nella maggior parte dei settori di intervento.

Con il Trattato di Lisbona è stata, invece, conferita maggiore organicità alla materia, si è, inoltre, inteso rispondere alle esigenze di maggiore chiarezza nella delimitazione delle competenze tra Unione e Stati membri.

Il Titolo I, Parte I del TFUE, è dedicato espressamente all'indicazione di «categorie e settori di competenza dell'Unione».

Il principio di attribuzione è poi esplicitamente enunciato dall'art. 5, par. 1 TUE, il quale sancisce che «la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione» e che l'esercizio delle competenze si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità¹.

Il paragrafo 2 del citato articolo ribadisce, inoltre, che l'Unione europea «agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti», con l'ulteriore e pleonastica precisazione che «qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati».

La competenza dell'Unione non può, quindi, essere presunta, ma va ricostruita sulla base di quanto disposto dai Trattati; in sintesi è necessario individuare a quali parti di sovranità gli Stati membri hanno voluto rinunciare ed entro quali limiti compete all'Unione esercitarla.

Con le citate norme viene, da un lato stabilito che le competenze dell'Unione vanno costruite in termini finalistici, nel senso che alle istituzioni europee deve essere riconosciuto il potere di adottare i provvedimenti di natura legislativa e amministrativa necessari ed utili ai fini del raggiungimento degli obiettivi dei Trattati, dall'altro, viene ribadito che soltanto agli Stati membri spetta attribuire competenze e poteri all'Unione europea.

Al riguardo, autorevole dottrina ha evidenziato che l'art. 5, par. 2 TUE, «opera come norma di rinvio simultaneo a tutte le competenze che i Trattati attribuiscono all'Unione. Non può dubitarsi, infatti, che tra le “competenze che le sono attribuite” vanno annoverate sia quelle cui i Trattati fanno espresso riferimento sia quelle cui è fatto implicito rinvio»².

¹ «La determinazione del nuovo assetto di competenze, che persegue l'obiettivo di proteggere le sfere di sovranità nazionali, ha fatto registrare una vera e propria inversione di tendenza rispetto alle più generiche previsioni del passato, che avevano favorito, nella prassi delle istituzioni, le forti spinte espansionistiche delle competenze dell'Unione», così P. DE PASQUALE, *Commento all'art. 5 TUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2014, p. 46.

² Così G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 100.

Per quanto evidenziato, l'esercizio dei poteri dell'Unione può discendere direttamente dalle competenze così come definite dai Trattati, ovvero può derivare in maniera implicita dal contesto di specifiche norme che per la loro natura possono utilmente fornire la base giuridica ad essa necessaria.

In base all'art. 2 TFUE si distinguono essenzialmente tre tipologie di competenze: esclusive, concorrenti e complementari (o parallele), «ordinabili in modo degressivo rispetto all'intensità delle rispettive attribuzioni»³.

Nei settori di competenza esclusiva⁴ è stabilito che soltanto l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti, è, inoltre, previsto che gli Stati membri, previa autorizzazione dell'Unione, possono legiferare in modo autonomo, oppure dare attuazione agli atti europei.

Nei settori di competenza concorrente⁵ l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti, l'esercizio della competenza degli Stati è però residuale rispetto a quella dell'Unione in quanto l'art. 2 TFUE stabilisce che gli Stati membri «esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria», oppure qualora abbia «deciso di cessare di esercitare la propria».

Tra le competenze dell'Unione accanto a quella esclusiva e concorrente, va annoverata la competenza di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione degli Stati membri⁶. Tale competenza, da alcuni definita «complementare», trova la sua applicazione

³ Così R. BARATTA, *Commento all'art. 2 TFUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. TIZZANO, *op. cit.*, pp. 370-372, dove viene evidenziato che «nella logica della riforma la classificazione delle competenze in categorie sembra svolgere una funzione descrittiva e di sistemazione generale di regole assai complesse e dettagliate che continuano comunque ad essere precisate da norme speciali contenute nei singoli settori ai sensi dell'art. 2, par. 6 TFUE».

⁴ Con riguardo ai settori di competenza esclusiva l'art. 3 TFUE espressamente elenca: «a) unione doganale; b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; c) politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro; d) conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca; e) politica commerciale comune». Il paragrafo 2 dello stesso articolo stabilisce, inoltre, che l'Unione ha «competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata».

⁵ L'art. 4, para. 2, TFUE stabilisce che l'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri «nei principali seguenti settori: a) mercato interno; b) politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato; c) coesione economica, sociale e territoriale; d) agricoltura e pesca, tranne la conservazione delle risorse biologiche del mare; e) ambiente; f) protezione dei consumatori; g) trasporti; h) reti transeuropee; i) energia; j) spazio di libertà, sicurezza e giustizia; k) problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel trattato». Una competenza concorrente *sui generis* è, inoltre, contenuta nell'art. 4, para. 3, TFUE dove viene stabilito che nei «settori della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario, l'Unione ha competenza per condurre azioni e una politica comune, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro».

⁶ L'art. 6 TFUE stabilisce che «l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere,

in materie che in linea di principio rientrano nella competenza degli Stati membri, ma per le quali l'Unione può apportare un valore aggiunto attraverso uno specifico sostegno e assistenza alla loro azione, senza con questo sostituirsi alla loro competenza⁷.

I Trattati indicano anche i criteri destinati a regolare l'esercizio delle competenze da parte delle istituzioni europee con specifico riguardo:

- i) alla ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione nei settori di competenza concorrente;
- ii) all'intensità dell'azione dell'Unione nell'esercizio delle competenze esclusive e concorrenti.

I criteri dettati per l'esercizio delle competenze sono i principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Questi principi non riguardano il momento dell'attribuzione delle competenze, bensì mirano a disciplinare l'esercizio delle competenze conferite dai Trattati.

Il principio di sussidiarietà è enunciato nel Trattato sull'Unione europea subito dopo il principio di attribuzione, «a conferma della sua vera funzione di criterio flessibile attraverso il quale l'esercizio - e non la titolarità - di determinate competenze viene spostato sulla base di valutazioni di merito»⁸. Al riguardo, l'art. 5, paragrafo 3 TUE stabilisce che «in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione».

Alla luce di tale norma la competenza dell'Unione nelle materie di competenza non esclusiva, è costruita in termini negativi. L'esercizio della competenza concorrente è,

coordinare o completare l'azione degli Stati membri. I settori di tali azioni, nella loro finalità europea, sono i seguenti: a) tutela e miglioramento della salute umana; b) industria; c) cultura; d) turismo; e) istruzione, formazione professionale, gioventù e sport; f) protezione civile; g) cooperazione amministrativa».

⁷ Cfr. G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea, parte istituzionale*, Torino, 2013, p. 70.

⁸ Così G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea, op. cit.*, p. 105. Sul punto cfr. anche G.L. TOSATO, *La delimitazione delle competenze dell'Unione europea tra istanze europee e nazionali*, in *Nuove tendenze del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di L.F. PACE, Milano, 2012, pp. 70-71, dove si afferma che il principio di sussidiarietà introduce un approccio nuovo al problema della delimitazione dei poteri dell'Unione, «un approccio che muove dalla constatata insufficienza del principio di attribuzione. Questo principio avrebbe richiesto, per un suo efficace funzionamento, la presenza di due elementi: un preciso catalogo dei settori assegnati alla responsabilità dell'Unione, nonché una netta separazione fra questi e quelli riservati agli Stati. [...] In questo quadro, il principio di attribuzione risulta palesemente inadeguato. Non si tratta di distinguere e delimitare competenze fra di loro separate. Occorre piuttosto disciplinare e coordinare l'esercizio di competenze strettamente connesse e interdipendenti. A questa esigenza intende rispondere il principio di sussidiarietà».

infatti, vincolata al verificarsi di due condizioni:

- i) da un lato occorre la dimostrazione che l'azione dell'Unione è maggiormente idonea ed adeguata al raggiungimento degli obiettivi rispetto a quella statale, regionale e locale;
- ii) dall'altro è necessario che gli obiettivi non possano essere sufficientemente perseguiti dagli Stati membri⁹.

Per effetto del principio di sussidiarietà, l'esercizio delle competenze concorrenti è consentito soltanto nei limiti indicati dal principio stesso e fintantoché perdurano le condizioni che ne hanno motivato l'esercizio: in sintesi, può riguardare anche solo taluni aspetti della materia e deve limitarsi soltanto agli aspetti per cui l'azione dell'Unione si dimostra necessaria.

Gli altri aspetti permangono nella sovranità degli Stati membri, almeno fino a quando non si verifichino concretamente le condizioni richieste dal principio di sussidiarietà per l'azione delle istituzioni europee.

Per quanto evidenziato, gli Stati membri mantengono nelle materie di competenza concorrente una competenza primaria e ogni avocazione, da parte dell'Unione del potere di intervenire, deve essere opportunamente giustificata dalla inidoneità dell'azione statale. Il livello europeo, quindi, è chiamato a svolgere una funzione sussidiaria, costituendo, pertanto, l'eccezione e non la regola.

Il secondo criterio dettato per l'esercizio delle competenze è il principio di proporzionalità¹⁰. Tale principio, previsto dall'art. 5, paragrafo 4 TUE, si pone, come il principio di sussidiarietà, quale limite all'esercizio dei poteri dell'Unione, in quanto prescrive di valutare la portata e l'intensità dell'azione dell'Unione. Esso impone di graduare, nell'esercizio delle competenze sia esclusive, che concorrenti, i mezzi prescelti rispetto alle caratteristiche dell'obiettivo perseguito.

In particolare, il principio in argomento impone che l'esercizio di una determinata

⁹ Per una migliore comprensione del principio in commento, risulta utile notare che dal punto di vista etimologico il termine sussidiarietà deriva dal latino *subsidium* e significa aiuto, sostegno, rimedio, soccorso. Nella terminologia militare romana stava ad indicare la seconda linea nell'ordine di battaglia (*in subsidiis*, in seconda linea), le truppe di riserva che rimanevano dietro al fronte pronte ad intervenire in aiuto delle coorti che combattevano nelle prime *acies*.

¹⁰ È importante distinguere il principio di proporzionalità quale criterio di esercizio delle competenze (previsto dall'art. 5 TUE), dal principio generale dal «principio generale» di creazione giurisprudenziale, quale parametro di legittimità dell'azione dell'Unione. In base al «principio generale» di proporzionalità, ogni atto dell'Unione non può imporre sacrifici e limitazioni della libertà dei singoli in misura superiore a quanto necessario per il raggiungimento degli scopi prefissati. «Si potrebbe concludere sostenendo che il principio di proporzionalità disciplinato dall'art. 5 TUE sia una specifica applicazione del principio generale appena descritto», così M. FARINA, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Forlì, 2011, p. 122.

competenza risponda a tre requisiti sostanziali:

- i) in primo luogo, esso deve essere utile e pertinente per la realizzazione dell'obiettivo per il quale la competenza è stata attribuita;
- ii) in secondo luogo, in base al c.d. criterio di sostituibilità, deve risultare necessario e indispensabile, ovvero nel caso in cui per il raggiungimento dello scopo possano esser impiegati vari mezzi, la competenza sarà esercitata in modo da recare meno pregiudizio ad altri obiettivi o interessi degni di uguale protezione;
- iii) infine, alla luce del c.d. criterio di causalità, qualora le precedenti condizioni risultano soddisfatte sarà necessario dimostrare la sussistenza di un nesso eziologico tra l'azione e l'obiettivo.

Con maggiore impegno esplicativo, il principio di proporzionalità opera quale principio generale dell'ordinamento europeo. Esso impone di identificare una ragionevole simmetria tra le misure da adottare e gli scopi da perseguire, evitando interventi eccessivi ovvero, inutili e dannosi. In sintesi, il principio in argomento regola il grado di intensità, la natura dell'azione e la scelta delle misure di intervento, che non devono eccedere quanto congruo e necessario per il raggiungimento del fine prefissato¹¹.

Nell'ambito dei criteri che devono guidare nel suo complesso l'azione dell'Unione, è opportuno richiamare, infine, un altro principio di portata generale: il principio di prossimità.

Questo principio, enunciato dall'art. 10, paragrafo 3 TUE, nel richiedere che le decisioni vengano prese il più vicino possibile ai cittadini, risponde all'esigenza di avvicinare i cittadini alle istituzioni europee. Mentre il principio di sussidiarietà determina che una decisione venga presa al livello più opportuno e pertinente dal punto di vista della sua efficacia, il principio di prossimità concerne il concreto esercizio delle competenze, sia esclusive, che concorrenti dell'Unione. Tale ultimo principio è volto alla realizzazione del decentramento nella gestione dell'azione europea e alla tutela delle specificità nazionali; in sostanza, tende a completare il principio di sussidiarietà, nel senso che l'efficacia dell'azione dell'Unione deve, nei limiti del possibile, conciliarsi con il criterio della vicinanza ai cittadini¹².

¹¹ Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 106; P. DE PASQUALE, *Commento all'art. 5 TUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, op.cit., p. 50; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 81.

¹² Così, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, op. ult. cit., p. 82.

1.1. LA CLAUSOLA DI FLESSIBILITÀ E LA TEORIA DEI POTERI IMPLICITI

La rigidità del sistema basato sul principio delle competenze di attribuzione, viene, in parte, temperato dall'art. 352 TFUE che esprime la c.d. clausola di flessibilità. Tale norma predispone una procedura formale per l'ampliamento dei poteri, che seppur non espressamente attribuiti, risultano tuttavia necessari per il raggiungimento dei fini assegnati all'Unione europea dai Trattati.

In particolare, la clausola di flessibilità consente all'Unione, senza dover ricorrere alla procedura di revisione dei Trattati, a seguito di una deliberazione unanime del Consiglio su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, di adottare le disposizioni necessarie per la realizzazione di uno scopo istituzionale, quando il Trattato non abbia previsto i necessari poteri di azione, o anche quando quelli previsti risultino concretamente insufficienti.

La Corte di Giustizia ha chiarito la portata ed i limiti di tale disposizione ritenendola diretta «a supplire all'assenza di poteri di azione attribuiti espressamente o implicitamente alle istituzioni comunitarie da specifiche disposizioni del Trattato, quando poteri di tal genere dovessero apparire non di meno necessari affinché la Comunità possa svolgere i propri compiti ai fini della realizzazione degli obiettivi fissati dal Trattato. Tale disposizione, costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio dei poteri attribuiti, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri della Comunità al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del Trattato, ed in particolare di quelle che definiscono i compiti e le azioni della Comunità. Essa non può essere in ogni caso utilizzata quale base per l'azione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, a una modifica del trattato che sfugga alla procedura all'uopo prevista nel trattato medesimo»¹³.

Da quanto evidenziato, l'art. 352 TFUE costituisce uno strumento volto ad integrare le competenze che rientrano negli obiettivi dei Trattati, di contro esso non esprime una norma attraverso la quale risulta possibile apportare delle «modifiche di rilevanza costituzionale» all'ordinamento dell'Unione: queste ultime, infatti, necessitano della procedura formale di modifica del Trattato di cui all'art. 48 TUE.

La clausola di flessibilità non va confusa con la teoria dei poteri impliciti.

La prima rappresenta una formale procedura per l'integrazione dei poteri delle

¹³ Corte di Giustizia, 28 marzo 1996, *parere 2/94*, punti n. 29-30, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

istituzioni europee, la seconda, invece, costituisce un criterio interpretativo attraverso il quale possono essere riconosciuti all'Unione dei poteri, non espressamente conferiti dai Trattati, nella misura in cui questi risultino necessari alla luce delle competenze già attribuite e fino al massimo limite funzionale rappresentato dal raggiungimento degli scopi dei Trattati stessi¹⁴.

L'art. 352 TFUE non costituisce, quindi, una previsione espressa della teoria dei poteri impliciti, bensì istituisce «una procedura formale che non solo non esclude la possibilità di ricorrere al criterio interpretativo dei poteri impliciti, ma interviene in via sussidiaria quando tale criterio non è sufficiente a far fronte alle esigenze dell'azione comunitaria»¹⁵

La teoria dei poteri impliciti, quale teoria dell'interpretazione in chiave teleologia o evolutiva, costituisce, quindi, un temperamento alla rigidità del principio delle competenze di attribuzione. Tale teoria ha trovato applicazione nelle pronunce della Corte di Giustizia ed ha permesso l'attribuzione di poteri, non espressamente previsti, ma comunque strumentali e funzionali per l'espletamento dei compiti affidati alle istituzioni, o per conferire un «effetto utile» alle disposizioni dei Trattati.

In tale senso, si è espressa anche la giurisprudenza europea secondo cui «l'assegnazione di un compito ad una istituzione comunitaria comporta inevitabilmente l'attribuzione dei poteri indispensabili per svolgere tale compito, pena la privazione di efficacia delle relative disposizioni del Trattato»¹⁶. In particolare, il giudice europeo ha affermato che «quando un articolo del Trattato [...], affida alla Commissione un compito preciso, si deve ammettere, se non si vuole privare di qualsiasi efficacia detta disposizione, che esso le attribuisce, per ciò stesso, necessariamente i poteri indispensabili per svolgere detta missione»¹⁷.

¹⁴ La teoria dei poteri impliciti rappresenta uno strumento esegetico e non una procedura, essa è ampiamente riconosciuta ed utilizzata in ambito internazionale, nel quale costituisce un'applicazione particolare del principio di effettività ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali, per far fronte allo sviluppo dell'attività di queste senza modificare formalmente il trattato istitutivo.

¹⁵ Così S. BARIATTI, *Commento all'art. 352 TFUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, op. cit., pp. 2552-2553; cfr. anche G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol. II, *Parte Speciale-Lettere*, Milano, 2013, pp. 152-155, dove viene ribadito che il potere riconosciuto dall'art. 352 TFUE in ordine all'acquisizione di poteri necessari per perseguire uno degli scopi dell'Unione europea, ma non espressamente compresi nel Trattato, è un potere normativo eccezionale, che può essere esercitato in casi limitati, «la giurisprudenza sui c.d. poteri impliciti riguarda, viceversa, una implementazione in via interpretativa dei poteri conferiti e risulta ribadita anche dalla giurisprudenza più recente».

¹⁶ Così F. POLITI, *Il principio di responsabilità*, in *L'ordinamento europeo*, Vol. II, *l'esercizio delle competenze*, a cura di S. MANGIAMELI, Milano, 2006, p. 323.

¹⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 luglio 1987, cause riunite 281, 283, 284, 285 e 287/85, *Repubblica Federale di Germania e altri c. Commissione delle Comunità europee*, punto n. 28; Tribunale di Primo grado, sez. III, 16 novembre 2006, causa T-120/04, *Peróxidos Orgánicos, SA c. Commissione delle Comunità europee* dove, al punto n. 18, viene evidenziato che l'esercizio da parte della Commissione «del potere

In tale contesto, autorevole dottrina ha messo in luce la tendenza della giurisprudenza europea, con riguardo ai provvedimenti limitativi delle posizioni giuridiche soggettive, a convergere verso il principio di legalità¹⁸. In una recente sentenza il giudice europeo, cui era stata sottoposta una questione relativa all'eccessiva ampiezza dei poteri della Commissione in ordine al *quantum* di ammenda da comminare, ha dichiarato di ispirarsi proprio al principio di legalità ed in particolare al principio di legalità delle pene che, applicabile anche alle sanzioni amministrative, costituisce un «corollario del principio di certezza del diritto, che costituisce un principio generale del diritto comunitario ed esige, in particolare, che ogni disciplina comunitaria, in particolare quando impone o permette di imporre sanzioni, sia chiara e precisa, affinché le persone interessate possano conoscere con certezza i loro diritti ed obblighi e possano regolarsi di conseguenza»¹⁹.

Al riguardo, va evidenziato, inoltre, che nell'ordinamento europeo una maggiore affermazione del principio di legalità potrebbe scaturire dall'applicazione dell'art.52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in cui viene statuito che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà».

In tale ambito, la giurisprudenza europea ha messo in luce che un ulteriore contributo

implicito di adottare una decisione che constata un'infrazione una volta decorso il termine di prescrizione è soggetto alla condizione che la Commissione dimostri un legittimo interesse a procedere a tale constatazione», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

¹⁸ G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 154-155.

¹⁹ Tribunale di Primo grado, sez. V, 8 ottobre 2008, causa T-69/04, *Schunk GmbH, Schunk Kohlenstoff-Technik GmbH c. Commissione delle Comunità europee*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>. In tale sentenza viene, inoltre, evidenziato che il principio di legalità «appartiene alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e che è stato sancito da diversi trattati internazionali, in particolare dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo». Il principio in argomento, «si impone sia alle norme di carattere penale che agli strumenti amministrativi specifici che impongono o permettono di imporre sanzioni amministrative. Esso si applica non soltanto alle norme che stabiliscono gli elementi costitutivi di un'infrazione, ma altresì a quelle che definiscono le conseguenze derivanti da una violazione delle prime. A tale riguardo, dall'art. 7, n. 1, di tale convenzione, risulta che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Tale condizione è soddisfatta quando il singolo può conoscere, sulla base del testo della disposizione rilevante e, se necessario, mediante l'aiuto della sua interpretazione da parte dei giudici, quali atti o omissioni fanno sorgere la sua responsabilità penale. Come emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, al fine di soddisfare le prescrizioni della disposizione in esame, non si esige che i termini delle disposizioni in forza delle quali vengono inflitte tali sanzioni siano a tal punto precisi da rendere prevedibili con assoluta certezza le conseguenze che possono derivare dalla loro violazione. Infatti, secondo quella Corte, l'esistenza di termini vaghi nella disposizione non comporta necessariamente una violazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il fatto che una legge attribuisca un potere discrezionale non è di per sé in contraddizione con l'esigenza di prevedibilità, a condizione che l'estensione e le modalità di esercizio di un siffatto potere siano definite con chiarezza sufficiente, alla luce del fine legittimo in gioco, per fornire al singolo adeguata tutela contro l'arbitrio. Al riguardo, oltre al testo normativo stesso, la Corte europea dei diritti dell'uomo tiene conto del fatto se le nozioni indeterminate utilizzate siano state precisate da una giurisprudenza costante e pubblicata. Peraltro, la considerazione delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri non porta a fornire un'interpretazione diversa del principio di legalità delle pene».

può essere fornito proprio dal principio di attribuzione delle competenze. Conformemente al principio di attribuzione delle competenze, «ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dal Trattato. Infatti, il rispetto del principio della certezza del diritto fa sì che qualsiasi atto che miri a produrre effetti giuridici debba trarre la propria forza vincolante da una disposizione del diritto comunitario che dev'essere espressamente indicata come base giuridica e che prescrive la forma giuridica di cui l'atto dev'essere rivestito. La determinazione delle condizioni nelle quali può verificarsi l'adozione di un atto richiede che sia debitamente tenuto conto della ripartizione delle competenze e dell'equilibrio istituzionale stabiliti dai Trattati»²⁰.

Per quanto evidenziato, le attribuzioni e le relative competenze dell'Unione non sono illimitate, ma sono contenute specificamente nei Trattati. Pertanto, l'esercizio delle competenze nei limiti delle attribuzioni e nel rispetto dei criteri di sussidiarietà, proporzionalità e di prossimità costituisce un indefettibile presupposto di legittimità dell'azione delle istituzioni europee.

1.1.1. POTERI IMPLICITI E PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO - BREVI CENNI

Nell'ambito della scienza del diritto amministrativo, il ricorso ai poteri impliciti è una pratica ben conosciuta la cui configurabilità suscita dubbi di legittimità proprio alla luce del principio di legalità.

Sul punto non si registra uniformità di vedute; costituisce, infatti, questione dibattuta se il riconoscimento in capo all'Amministrazione Pubblica dei c.d. poteri impliciti sia o meno compatibile con il principio di legalità.

I poteri impliciti non sono espressamente attribuiti dalla legge, ma risultano funzionali al perseguimento del fine pubblico e indirettamente desumibili dai poteri oggetto di espressa attribuzione. Si tratta, pertanto, di poteri che «accompagnano» poteri espressamente conferiti, esercitati con l'obiettivo di realizzare più adeguatamente le finalità che la legge prescrive alla Pubblica Amministrazione di perseguire attraverso l'esercizio dei poteri assegnati²¹. In particolare, i poteri impliciti ricorrono in presenza di

²⁰ Tribunale di Primo grado, sez. II ampliata, 17 settembre 2007, causa T-240/04, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, punto 31, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

²¹ I «poteri impliciti» non devono essere confusi con gli «atti impliciti», che non sono affatto ostacolati dall'ordinamento. Con tale ultima espressione si intendono, infatti, quei provvedimenti amministrativi che

due requisiti: uno di carattere «negativo», il quale postula che il potere non sia espressamente contemplato da una norma giuridica ed uno di carattere «positivo» che stabilisce che il potere implicito, per essere tale, deve essere legato da un nesso di strumentalità ad un altro potere che però è espressamente fondato su una norma attributiva del potere.

Dato che l'esistenza del potere implicito non è direttamente desumibile da una disposizione normativa che lo fonda, l'unico termine di raffronto che consente la sua emersione all'interno dell'ordinamento è rappresentato da un altro potere che, a differenza del primo, è positivamente fondato su una norma espressa e che, con il potere implicito, è collegato da un «nesso» che permette a quest'ultimo di trovare una giustificazione al suo

producono effetti ulteriori rispetto a quanto indicato nell'atto formale della Pubblica Amministrazione, ovvero si configurano nei casi in cui l'Amministrazione, «pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente», così Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2011, n.813, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

In tale ambito, va evidenziato che la nascita dell'istituto dell'atto amministrativo implicito è strettamente legata all'esigenza di individuare un atto impugnabile nei casi in cui concretamente manca un provvedimento esplicito. Infatti, in passato spesso accadeva che il ricorso proposto dai privati venisse dichiarato inammissibile per mancanza del provvedimento da impugnare, anche se in realtà questo esisteva, ma era implicito in un comportamento o fatto amministrativo inequivocabile. Tale problematica assunse notevole rilievo con l'aumento dell'attività materiale della P.A., allorché si avvertì più forte l'esigenza di tutelare il privato contro eventuali comportamenti illegittimi di quella. L'attività materiale della P.A. era, infatti, sottratta al sindacato del giudice amministrativo e attraverso la teoria dell'atto implicito, facendo derivare dall'attività materiale gli stessi effetti dell'atto amministrativo, si individuò un atto da impugnare. La figura dell'atto implicito, quindi, ha reso possibile affermare la giurisdizione del giudice amministrativo in materie che altrimenti sarebbero rimaste escluse dal sindacato giurisdizionale o che sarebbero state devolute al giudice ordinario qualora in esse si fosse ravvisata un'attività materiale *sine titulo*, anziché un atto implicito. La fattispecie provvedimentale implicita è stata delimitata dalla giurisprudenza, la quale, al fine di assicurare tutela alle posizioni giuridiche soggettive incise da tale tipologia di atto amministrativo, ha individuato i seguenti requisiti: «a) innanzitutto deve esistere una manifestazione espressa di volontà (comportamento concludente o altro atto amministrativo), proveniente dalla P.A. e a contenuto amministrativo, da cui desumere l'atto implicito; b) tali atti o comportamenti devono, poi, provenire da un organo competente e nell'esercizio delle sue attribuzioni; l'atto implicito deve, a sua volta, rientrare nella sfera di competenza dell'autorità amministrativa emanante l'atto presupponente; c) l'atto implicito non deve essere un atto per il quale si richiede il rispetto di una forma solenne e devono essere rispettate le regole procedurali prescritte per l'emanazione di un provvedimento del genere; d) infine, dal comportamento deve desumersi in modo non equivoco la volontà provvedimentale, cioè deve esistere un collegamento esclusivo e bilaterale tra atto implicito e atto presupponente, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile di quello espresso». Così Consiglio di Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5758, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

La giurisprudenza ha in passato ravvisato atti impliciti nelle ipotesi di comunicazione del parere negativo della commissione edilizia sulla istanza di concessione edilizia (provvedimento implicito di diniego) e di dichiarazione implicita di riconoscimento dell'*utiliter coeptum* in relazione all'azione di arricchimento senza causa, desumibile ad esempio dalla utilizzazione consapevole da parte del soggetto pubblico dell'attività del privato, cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 540-541.

Sull'argomento cfr. M. MACCHIA, *Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, 2012, p. 13; A. CORDASCO, *Atto amministrativo implicito e compatibilità con la l. 241/90. La peculiare figura dell'Autorità*, *Gazzetta amministrativa della Repubblica italiana*, n. 1-2013, in www.gazzettamministrativa.it.

esercizio e di conseguenza un fondamento²².

La legittimità del ricorso ai poteri impliciti è strettamente connessa al modo in cui viene inteso il principio di legalità²³. Secondo questa impostazione, in sintesi, più si ritiene che la legge debba integralmente regolare i modi di estrinsecazione del potere amministrativo e più si reputa censurabile il ricorso ai poteri non espressamente attribuiti dalle norme.

Nell'ordinamento giuridico convivono più concezioni del principio di legalità:

- i) in primo luogo, esso è considerato nei termini di non contraddittorietà dell'atto amministrativo rispetto alla legge (preferenza della legge). Tale accezione di legalità, la prima ad essere proposta dal punto di vista storico, corrispondente all'idea di un'Amministrazione che può fare ciò che non sia impedito dalla legge, è stata superata dalla concezione formale e da quella sostanziale di legalità.
- ii) il principio di legalità inteso nella sua accezione di conformità formale alla legge, ha come conseguenza che il rapporto tra legge e amministrazione è improntato, non solo sul divieto di quest'ultima di contraddire la legge, ma anche sul dovere della stessa di agire entro i limiti fissati dalla legge che attribuisce il relativo potere. In sintesi, la conformità formale alla legge determina l'obbligo per la Pubblica Amministrazione di agire sulla base ed entro i limiti di una norma attributiva del potere e in questa prospettiva suscita dubbi il riconoscimento di poteri impliciti in capo all'Amministrazione²⁴.
- iii) il principio di legalità inteso quale conformità sostanziale alla legge, indica il dovere della P.A. di agire non solo entro i limiti di legge, ma anche in conformità della disciplina sostanziale posta dalla legge stessa, la quale incide anche sulle modalità di esercizio dell'azione e, dunque, penetra all'interno dell'esercizio del potere. Quest'ultima concezione del principio di legalità si ricava da talune disposizioni della Costituzione le quali prevedono una riserva di legge (ad. es.: l'art. 13 in tema di limitazione della libertà personale; l'art. 23 in materia di imposizione di prestazioni personali o patrimoniali). Al riguardo, va evidenziato che pur essendo i due concetti diversi, è indubbio che la riserva di legge,

²² Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, pp. 41-42.

²³ Sul principio di legalità in ambito amministrativo cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1993, pp. 87-89; A. LIBERATI, *Il procedimento amministrativo*, Padova, 2008, pp. 53-57; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, pp. 43-47; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, pp. 86-88.

²⁴ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 43-44.

nell'imporre una disciplina legislativa non solo delle condizioni di esistenza del potere amministrativo, ma anche delle concrete modalità del suo esercizio, finisce con il confondersi con il principio di legalità in senso sostanziale. Così come evidenziato da autorevole dottrina, «al di fuori dei casi di riserva di legge è difficile giustificare sulla base del nostro diritto positivo l'esistenza del principio di legalità in senso sostanziale»²⁵. Il principio di legalità in senso sostanziale comporta delle difficoltà nel temperamento di due diverse esigenze. Da un lato, la garanzia di tutela delle posizioni giuridiche dei privati che richiede una disciplina legislativa che penetri all'interno della sfera del potere amministrativo, dall'altro, la necessità di lasciare adeguati spazi di azione alla Pubblica Amministrazione, evitando il rischio di imporre eccessivi vincoli e rigidità all'azione amministrativa, che in quanto tale diverrebbe incapace di adattarsi alle diverse situazioni concrete, finendo con il danneggiare lo stesso cittadino.

In tale ambito, va evidenziato che la legge non può prevedere tutto e, pertanto, uno «spazio» di valutazione per la Pubblica Amministrazione deve necessariamente esistere; di frequente accade, infatti, che le norme attribuiscono poteri discrezionali, lasciando così all'Amministrazione un margine di apprezzamento dei fatti e degli interessi pubblici rilevanti.

In tale ottica, è fondamentale precisare che il potere amministrativo non può dirsi libero: esso è semplicemente discrezionale, in quanto deve essere esercitato nel rispetto dei principi dell'ordinamento e degli scopi fissati dalla norma, verificabili a posteriori anche in sede di controllo giurisdizionale²⁶. Si tratta allora di coniugare questo «spazio» con il principio di legalità.

Nell'analizzare la questione relativa alla configurabilità dei poteri impliciti nell'esercizio delle funzioni amministrative e la compatibilità con il principio di legalità, occorre anche distinguere:

- i) i poteri impliciti nell'ambito dei poteri normativi;
- ii) i poteri impliciti nell'ambito dei poteri provvedimentali.

I due citati poteri rispondono a regole diverse.

I poteri impliciti nell'ambito dei poteri normativi non determinano un *vulnus* al

²⁵ Così E. CASSETTA, *op. ult. cit.*, p. 45. L'autore non manca di evidenziare che tale rilievo, a ben vedere, «ha una importanza soprattutto teorica in quanto le materie più importanti – soprattutto quelle in cui può verificarsi un conflitto tra poteri amministrativi e diritti dei privati – sono coperti da riserva di legge».

²⁶ Cfr. M. MAGRI, *Il principio di legalità*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza* a cura di G. GARDINI e L. VANDELLI, Santarcangelo di Romagna (RN), 2013, p.37.

principio di legalità in quanto il potere regolamentare è espressamente attribuito ed il ricorso ai poteri impliciti serve soltanto ad individuare i confini esterni della competenza, in altre parole l'estensione del potere²⁷.

Con riguardo, invece, ai poteri impliciti di natura provvedimentale «si tratta non di esaminare i limiti esterni della competenza, ma la stessa esistenza della competenza ad esercitare quello specifico potere»²⁸. Mentre nell'esercizio dei poteri impliciti normativi lo spazio di azione del potere di porre regole generali ed astratte, anche se ne sono certi i confini, è sicuramente attribuito da norme di relazione, nel caso dei poteri impliciti provvedimentali occorre individuare la stessa titolarità del potere provvedimentale.

Nell'ambito dei provvedimenti amministrativi, l'applicabilità del criterio dei poteri impliciti, cioè dei poteri non espressi, ma esercitati per coerenza con il fine o per esigenze di risultato viene tendenzialmente escluso.

L'individuazione e l'enucleazione dei poteri provvedimentali deve, infatti, rispondere a regole rigorose, tali da garantire il rispetto dei principi di legalità e tipicità. In particolare la tipicità del provvedimento amministrativo quale risposta all'esigenza di una previa definizione del tipo di vicenda giuridica prodotta dall'esercizio del potere, costituisce diretta espressione del principio di legalità. Inoltre, la Pubblica Amministrazione, per conseguire gli effetti tipici, può ricorrere soltanto agli schemi individuati in generale dalla legge, secondo il c.d. principio di nominatività, che sembra dover essere riferito, sia al provvedimento amministrativo, che al potere pubblico. La tipicità comporta, quindi, che le varie categorie di provvedimenti siano identificate dalle norme che disciplinano i relativi poteri e non rimesse all'autonomia dell'autorità Amministrativa²⁹.

Con riguardo a tale problematica la Corte Costituzionale ha, in più occasioni,

²⁷ «Difatti i regolamenti sono sovente, soprattutto quando sono emanati dalle Autorità indipendenti, titolati da leggi che si limitano a dettare criteri rappresentati da obiettivi o finalità: ne consegue che nell'andare a determinare in concreto il contenuto della *potestas* regolamentare il ricorso alla tesi dei poteri impliciti è quasi fisiologico», così R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale breve di Diritto Amministrativo*, Milano, 2009, p.384.

Con specifico riguardo ai poteri regolamentari (soprattutto delle Autorità indipendenti), la giurisprudenza amministrativa ha fatto spesso ricorso alla teoria dei poteri impliciti: si è, ad esempio, riconosciuta la competenza dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas a regolare settori non espressamente affidati, ove ciò fosse coerente con le finalità e con i risultati attribuiti dalla legge alla medesima Autorità, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

²⁸ Così R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *op. ult. cit.*, p. 384.

²⁹ «La tipicità implica che la legge, nell'attribuire all'Amministrazione quel potere, deve stabilirne i presupposti, il procedimento, gli effetti, e dunque stabilirne la funzione specifica. Il fondamento della tipicità, secondo tale dottrina, va ravvisato negli stessi principi costituzionali relativi allo svolgimento dell'attività amministrativa: per i provvedimenti destinati ad incidere sfavorevolmente nella sfera giuridica dei destinatari, è il principio di legalità a fondare la regola della tipicità», così T.A.R. Puglia, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1803, in www.giustizia-amministrativa.it.

affermato «l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello stato di diritto. Tale principio non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa».³⁰

In tale contesto, va rilevato che gli elementi precedentemente esposti non sono stati ritenuti di per sé soli sufficienti nel determinare l'assoluta esclusione di ogni potere implicito³¹.

Naturalmente l'esercizio del potere non può prescindere del tutto da un fondamento legislativo, in tal caso si configurerebbe un'ipotesi di totale carenza di potere, esso deve, infatti, quantomeno essere riconducibile alle previsioni di legge, attraverso una valorizzazione del nesso teleologico-funzionale o strumentale tra i poteri espressamente attribuiti e quelli dai medesimi implicati.

In tale ambito, va rilevato che non poche sono le ipotesi in cui l'Amministrazione in quanto titolare di determinati poteri ne esercita altri in quanto funzionali al corretto esercizio dei primi; poteri, quindi, esercitati per connessione o per derivazione da altri sicuramente attribuiti.

In effetti, va osservato che ormai le ipotesi storiche maggiormente rilevanti di poteri impliciti quali: l'annullamento d'ufficio, la revoca, la convalida, e l'esecutorietà non sono più tali, in virtù delle modifiche introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 alla legge 7 agosto 1990, n. 241. Tali figure sono state, pertanto, sottratte all'area dei poteri impliciti e ricondotte al principio di legalità³².

³⁰ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 7 aprile 2011, n. 115, in senso conforme, *ex plurimis*, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982, in www.cortecostituzionale.it.

³¹ Cfr. R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale breve di Diritto Amministrativo*, op. cit., p. .
Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che «il principio di tipicità non comporta tuttavia l'esclusione assoluta di ogni potere implicito: l'attribuzione di tale potere deve semmai essere ricavata non più dal criterio finalistico proprio dell'amministrare per risultati, ma dal sistema normativo di garanzie in cui questo potere si radica», così T.A.R. Puglia, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1803, in www.giustizia-amministrativa.it.

³² «In tal senso, si è di recente affermato che il "potere provvedimentale implicito" va progressivamente assumendo nel nostro ordinamento carattere recessivo, anche e soprattutto all'indomani della riforma del 2005 che, intervenendo sulla legge n. 241 del 1990, ha positivamente "codificato" istituti che per lungo tempo erano relegati per l'appunto alla sfera dei poteri impliciti (si pensi, ad esempio, ai poteri di autotutela nella forma della revoca e dell'annullamento, al potere di convalida, al potere di sospensione dell'atto,

Un'ipotesi ancora attuale di potere implicito è dato dal potere di autotutela esecutiva in ordine alla tutela dei beni del patrimonio indisponibile. Difatti, sebbene l'art. 823, comma 2 c.c. indichi la facoltà per la Pubblica Amministrazione di procedere in via amministrativa soltanto in riferimento ai beni demaniali, la giurisprudenza riconosce la possibilità dell'Amministrazione di disporre di analoghi poteri anche in relazione ai beni del patrimonio indisponibile³³.

Alla luce di quanto rilevato, si potrebbe obiettare che tali istituti possano invero trovare fondamento nei principi generali, cioè in tutte quelle «regole non scritte ma ricavabili da fonti positive che “informano” e “piegano” il diritto amministrativo». Sicché si tratterebbe di poteri legittimati direttamente dalla fonte “principio” e non in virtù dell'applicazione della teoria dei poteri impliciti». Così come evidenziato da autorevole dottrina, il confine tra le due categorie - «potere per principio» e «potere per implicito» - non è affatto netto, spesso, infatti, si applica il principio o meglio si ritiene sussistente il principio in quanto implicito. In ogni caso «la presenza di principi autoapplicativi non fa venir meno il carattere implicito del potere, in quanto trattasi sempre di un potere inserito in un potere provvedimentale espresso e dunque un potere incidentale o annesso, ed è semmai questa connessione che trova titolo nei principi generali»³⁴.

2. L'EFFETTO DIRETTO E IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Al principio delle competenze di attribuzione si affiancano i due relevantissimi principi dell'effetto diretto e del primato: essi costituiscono i due fondamentali caratteri del diritto europeo che qualificano il rapporto con il diritto nazionale.

L'effetto diretto costituisce l'idoneità della norma europea a creare diritti ed obblighi direttamente ed utilmente in capo ai singoli, siano essi persone fisiche o giuridiche, senza che lo Stato debba porre in essere, nell'ambito della c.d. fase discendente, le procedure formali di recepimento del diritto europeo.

oppure al carattere dell'esecutorietà)», così T.A.R. Puglia, sez. I, 9 luglio 2009, n. 1803, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ Al riguardo, il Consiglio di Stato ha chiarito che il potere di autotutela «spettante alla Pubblica Amministrazione per i beni demaniali, disciplinato dall'art. 823 c.c., può essere esercitato anche quando un immobile ha natura di bene patrimoniale indisponibile (C.d.S. Sez. IV, 25 novembre 1991, n. 969), in quanto resta alla Pubblica Amministrazione il potere di controllo e di intervento di imperio, sia per proteggere il bene da turbative, sia per eliminare ogni situazione di contrasto riguardo alle esigenze del pubblico interesse che devono ispirare l'utilizzazione dei beni destinati a pubblico servizio (C.d.S. Sez. V, 22 novembre 1993, n. 1164)», cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 1° ottobre 1999, n. 1224, in www.ildirittoamministrativo.net.

³⁴ G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti*, in www.avcp.it.

In particolare, le norme europee producono effetti diretti (o hanno efficacia diretta) all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, quando siano sufficientemente chiare, precise e incondizionate, dove per «norma incondizionata» s'intende una norma la cui applicazione non risulta subordinata all'emanazione di atti di diritto interno, non richiede, cioè, l'emanazione di ulteriori atti di esecuzione o comunque di integrazione³⁵.

Strettamente connesso al concetto di effetto diretto è il principio del primato. Quest'ultimo entra in gioco ove sussistano due presupposti:

- i) deve trattarsi di una norma adottata dall'Unione in una materia rientrante nell'ambito delle sue competenze;
- ii) la norma deve possedere le caratteristiche concrete che ne consentono l'effetto diretto.

In caso di conflitto o contraddizione tra una norma nazionale e una norma del diritto europeo e soltanto nel caso in cui ricorrano entrambi i presupposti, la norma europea prevale su quella interna che perciò non potrà trovare applicazione.

Tale risultato viene raggiunto con un'operazione ermeneutica che conduce a rilevare l'inefficacia di una norma interna per contrasto con una norma europea dalla conformazione testuale esaustiva: tale operazione ed il conseguente dovere di disapplicazione è affidato non soltanto ai giudici nazionali ma anche a tutti gli organi della Pubblica Amministrazione³⁶. Dal primato scaturisce poi un'altra importante conseguenza, espressamente statuita dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza: è fatto divieto agli Stati membri di adottare «provvedimenti interni che riproducano il contenuto delle disposizioni comunitarie, di guisa che la materia verrebbe assoggettata alla normativa

³⁵ Per la giurisprudenza europea «una norma è sufficientemente *precisa* per poter essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice allorché sancisce un obbligo in termini non equivoci» ed è «*incondizionata* se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni della Comunità o degli Stati membri», così Corte di Giustizia, sentenza 23 febbraio 1994, causa C-236/92, *Comitato di coordinamento per la difesa della cava e altri c. Regione Lombardia e altri*, punti 9 e 10, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

³⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo S.p.A. c. Comune di Milano*, in particolare punti 30 e 31 dove viene statuito che il motivo per il quale «i singoli possono far valere le disposizioni di una direttiva dinanzi ai giudici nazionali ove sussistano i detti presupposti, è che gli obblighi derivanti da tali disposizioni valgono per tutte le autorità degli Stati membri. Sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

nazionale e, di conseguenza, resterebbe esclusa la competenza della corte di giustizia»³⁷.

2.1. L'EFFETTO DIRETTO DELLE NORME DELL'UNIONE EUROPEA. LA DISTINZIONE TRA EFFETTO DIRETTO DIRETTA APPLICABILITÀ. I PRINCIPI GENERALI E L'EFFETTO DIRETTO

Come evidenziato l'espressione «effetto diretto» o «efficacia diretta»³⁸ indica l'idoneità della disposizione europea a creare diritti ed obblighi in capo ai singoli e tale effetto dipende dalla conformazione testuale della disposizione normativa.

Al riguardo, l'impostazione attualmente accolta dalla Corte di giustizia si fonda sul riconoscimento dell'effetto diretto nei confronti di tutte le disposizioni che, a prescindere dall'atto che le contiene, presentino una conformazione testuale esaustiva. In particolare, va rilevato come la Corte europea si sia progressivamente allontanata da una valutazione degli effetti delle disposizioni dipendente dall'atto che le contiene per concentrarsi sulla formulazione testuale di ogni singola disposizione³⁹.

In tale contesto va, inoltre, evidenziato che la giurisprudenza europea utilizza indifferentemente le espressioni «effetto diretto» e «applicabilità diretta» al fine di indicare le norme dell'Unione che permettono in capo ai singoli la diretta tutela di posizioni giuridiche soggettive⁴⁰.

Al riguardo, non sono mancati in dottrina tentativi volti a distinguere l'effetto diretto, come carattere della norma e la diretta applicabilità, come predicato della fonte; in particolare:

- i) la nozione di effetto diretto rappresenterebbe solo l'idoneità della norma europea a

³⁷ Corte di Giustizia, sentenza 10 ottobre 1973, causa C-18/90, *f.lli Variola spa c. Amministrazione italiana delle Finanze*, punto 9, in <http://www.eur-lex.europa.eu>

³⁸ Dell'efficacia diretta si distinguono due aspetti: verticale e orizzontale. L'efficacia diretta verticale si spiega nei rapporti tra i singoli e lo Stato, ovvero i singoli possono far valere una norma europea soltanto nei confronti dello Stato. L'efficacia diretta orizzontale si manifesta anche nei rapporti tra singoli, ossia consente ad un singolo di invocare una norma europea nei confronti di un altro singolo. In particolare, la Corte di giustizia ha operato una distinzione tra: i) efficacia diretta piena, per indicare l'efficacia diretta orizzontale e verticale; ii) efficacia diretta parziale per indicare l'efficacia diretta soltanto verticale.

³⁹ Cfr. R. MICELI, *Indebito comunitario e sistema tributario interno, contributo allo studio del rimborso d'imposta secondo il principio di effettività*, Milano, 2009, pp. 20-22.

⁴⁰ Corte di Giustizia, sentenza 31 gennaio 1991, causa C-18/90, *Office National de l'emploi c. Bahia Kziber*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, in particolare punto 15, dove si afferma che «costituisce giurisprudenza costante che una disposizione di un accordo stipulato dalla Comunità con paesi terzi va considerata direttamente efficace, qualora, tenuto conto del suo tenore letterale nonché dell'oggetto e della natura dell'accordo, implichi un obbligo chiaro e preciso la cui esecuzione o i cui effetti non siano subordinati all'adozione di alcun atto ulteriore» e punto 19 dove per esprimere la stessa nozione si fa riferimento «all'applicabilità diretta di una norma che non è subordinata, nella sua esecuzione o nei suoi effetti, all'intervento di alcun atto ulteriore».

creare in capo ai singoli diritti invocabili dinanzi al giudice interno;

- ii) l'applicabilità diretta, invece, costituirebbe una qualità di quegli atti, in particolare i regolamenti, le cui norme non richiedono, per produrre effetti, alcun provvedimento interno ulteriore⁴¹.

Tornando alla disciplina dell'effetto diretto, va rilevato che dal punto di vista del diritto interno esso determina il diritto dei singoli di far valere direttamente dinanzi al giudice nazionale la posizione giuridica soggettiva vantata in forza della norma; dal punto di vista dell'ordinamento europeo, l'effetto diretto garantisce, invece, l'applicazione del diritto europeo e conseguentemente il suo effetto utile in tutti gli Stati membri.

L'effetto utile costituisce un principio utilizzato quale chiave di lettura delle norme europee, esso impone un'interpretazione delle stesse che sia funzionale al raggiungimento delle loro finalità⁴².

In tale ottica, occorre evidenziare che la norma europea provvista di effetto diretto obbliga alla sua applicazione non soltanto il giudice ma anche la Pubblica Amministrazione nazionale, anche in virtù del dovere di leale collaborazione enunciato dall'art. 4, par. 3, TUE.

Al riguardo, la Corte di Giustizia ha più volte affermato che sarebbe contraddittorio ammettere che i singoli possano invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una norma con effetti diretti, allo scopo di far censurare l'operato dell'Amministrazione e al contempo ritenere che l'Amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della norma stessa disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. «Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti

⁴¹ Sul punto cfr. R. BIN, G. PIETRUZZELLA, *Diritto Pubblico*, Torino, 2012, pp. 363-365, dove si evidenzia che le due nozioni sono concettualmente diverse, in particolare la «diretta applicabilità è una qualità di determinati atti europei che [...] producono immediatamente i loro effetti giuridici nell'ordinamento nazionale, senza la interposizione di un atto normativo nazionale». La nozione di effetto diretto, invece, «non riguarda gli atti ma le norme: è perciò una nozione non definita dal legislatore (ossia dai Trattati), ma dall'interprete ossia, nel nostro caso dalla Corte di Giustizia». Cfr. anche E. CANNIZZARO, *Appunti di diritto dell'Unione europea. Il sistema istituzionale e il sistema normativo*, Torino, 2013, p. 70, dove viene evidenziato che la diretta applicabilità «indica la capacità astratta di un atto di disciplinare rapporti soggettivi interni, l'effetto diretto, attiene ad una capacità concreta di un atto di produrre posizioni soggettive perfette».

⁴² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 14 ottobre 1999, causa C-223/98, *Adidas AG.*, dove al punto 24 viene rilevato che, «allorché una disposizione di diritto comunitario è suscettibile di svariate interpretazioni delle quali una sola idonea a salvaguardare l'effetto utile della norma, è a questa che occorre dare priorità»; Corte di Giustizia, sentenza 22 settembre 1988, causa C-187/87, *Land della Sarre ed altri c. Ministre de l'industrie, et du tourisme ed altri*, in particolare punto 19 dove si afferma che conformemente ad una giurisprudenza costante della Corte, occorre dare la priorità ad un'interpretazione, idonea a salvaguardare l'effetto utile della norma, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

gli organi dell'Amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni»⁴³.

Come sostenuto dalla giurisprudenza europea, fin dalla nota sentenza *Van Gend en Loos* del 1963, l'effetto diretto si traduce, in termini pratici, nell'attribuzione in capo ai singoli di posizioni giuridiche direttamente tutelabili dinanzi ai giudici nazionali, anche quando le norme europee impongono obblighi di comportamento solo nei confronti degli Stati membri. Nella citata sentenza la Corte ha affermato che la Comunità europea costituisce un «ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli stati membri hanno rinunciato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli stati membri, ma pure i loro cittadini. Il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti sorgono non soltanto allorché il Trattato espressamente li menziona, ma anche quale contropartita di precisi obblighi che il Trattato impone ai singoli, agli Stati membri ed alle istituzioni comunitarie», il singolo può, quindi, far valere i diritti derivanti dal diritto europeo direttamente davanti al giudice nazionale⁴⁴.

⁴³ Così Corte di Giustizia, sentenza 22 giugno 1989, causa C-103/88, *fratelli Costanzo spa c. comune di Milano ed impresa ing. Lodigiani spa*, punti 28-33; Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 1993, causa C-101/91, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, punto 24; Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Erich Ciola c. Land Vorarlberg*, in particolare ai punti 26 e 33 viene evidenziato che «poiché le norme del Trattato CE sono direttamente efficaci nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro e il diritto comunitario prevale sul diritto nazionale, queste disposizioni attribuiscono agli interessati dei diritti che le autorità nazionali devono rispettare e tutelare e che, quindi, ogni disposizione contraria di diritto interno diviene inapplicabile nei loro confronti» non è, quindi, «in alcun modo possibile sostenere che la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta e che è compito dei giudici nazionali garantire debba negarsi agli stessi singoli nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto la validità di un atto amministrativo. L'esistenza di una siffatta tutela non può dipendere dalla natura della disposizione di diritto interno contrastante col diritto comunitario», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

Sul punto cfr. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 29 marzo 2001, n. 1872, dove viene osservato che «per ormai consolidato e scontato indirizzo giurisprudenziale, il principio della *primauté* del diritto comunitario implica, quale inabdicabile corollario, il dovere della Pubblica Amministrazione, oltre che del Giudice nazionale, di osservare le norme comunitarie direttamente operanti, disapplicando quelle interne con le prime confliggenti. E' altresì noto che tali devono considerarsi tutte quelle disposizioni comunitarie che presentino un contenuto sufficientemente preciso e non condizionato: tra queste, non solo alcune norme del trattato, quelle dei regolamenti e delle decisioni, ma anche, sulla scorta di un costante indirizzo della Corte di Giustizia, le disposizioni delle direttive, sempre che presentino i suindicati requisiti»; Consiglio di Stato, sez. VI, 23 maggio 2006, n. 3072, dove viene statuito che «il principio della preminenza del diritto comunitario impone non solo al giudice, ma allo stesso Stato membro in tutte le sue articolazioni (e quindi a tutte le amministrazioni), di dare pieno effetto alla norma comunitaria e, in caso di contrasto, di disapplicare la norma interna», in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁴⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *nv Algemene transport - en expeditie onderneming Van Gend en Loos e l'amministrazione olandese delle imposte*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>. Nella sentenza, che ha ad oggetto. Sul concetto di effetto diretto cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 176-177; v. anche M.C. CICIRIELLO, *L'Unione europea e i suoi principi giuridici*, Napoli,

In sintesi, l'effetto diretto costituisce la capacità di una norma europea di creare diritti in capo ai singoli senza l'intermediazione dell'atto normativo interno. Tale capacità non discende dalla tipologia dell'atto, ma dalla struttura delle singole disposizioni e dalla norma che può essere ricavata. È, quindi, compito dell'interprete riconoscere le norme dotate dell'effetto diretto, ossia che sono applicabili senza l'intermediazione di ulteriori atti.

Qualsiasi norma comunitaria può produrre effetti diretti, sia essa derivante dal Trattato sia prodotta dal diritto derivato.

Gli elementi caratterizzanti l'effetto diretto possono essere presenti innanzitutto nelle norme contenute nei Trattati. Al riguardo, la Corte di Giustizia ha riconosciuto con riferimento a specifiche norme recanti diritti fondamentali anche l'effetto diretto orizzontale⁴⁵. In tale ambito, non si può sottovalutare che gli effetti diretti orizzontali oggi possano essere riconosciuti anche con riguardo alle norme della Carta di Nizza, tenuto conto che quest'ultima ha assunto lo stesso rango giuridico dei Trattati.

Gli elementi caratterizzanti l'efficacia diretta sono principalmente presenti nei regolamenti, con i quali, come noto, si provvede senza l'intermediazione di un atto interno alla regolazione diretta di specifiche fattispecie. La natura e la funzione dei regolamenti nell'ambito delle fonti dell'Unione determina che essi siano idonei a produrre situazioni giuridiche soggettive in capo ai singoli; situazioni giuridiche che possono essere fatte valere sia nei confronti dello Stato, che nei confronti di altri singoli⁴⁶. I regolamenti sono, pertanto, dotati di efficacia diretta piena.

Al riguardo, occorre evidenziare che non tutte le disposizioni di un regolamento sono necessariamente provviste di effetto diretto, può infatti accadere che una o più disposizioni impongano o vietino agli Stati membri un determinato comportamento e, pertanto,

2010, pp. 209-213.

⁴⁵Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 1974, causa C-36/74, *Walrave, I. J. N. Koch c. Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie e Federacion espanola ciclismo*, dove viene statuito che «il principio di non discriminazione costituisce un parametro inderogabile per qualsiasi rapporto giuridico purché questo, in considerazione sia del luogo in cui sorge, sia del luogo in cui si dispiega i suoi effetti, possa essere ricondotto al territorio della Comunità»; cfr. anche Corte di Giustizia, sentenza 8 aprile 1976, causa C-43/75, *Gabrielle Defrenne c. SA Sabena*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁴⁶Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 17 settembre 2002, causa C-253/00, *Antonio Muñoz y Cia SA e Superior Fruiticola SA c. Frumar Ltd e Redbridge Produce Marketing Ltd*, in particolare punti 27-28 dove la Corte afferma che ai sensi dell'art. 288 TFUE «il regolamento ha portata generale ed è direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. Di conseguenza, in ragione della sua stessa natura e della sua funzione nell'ambito delle fonti del diritto comunitario, è atto ad attribuire ai singoli diritti che i giudici nazionali devono tutelare. È compito dei giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto comunitario garantire la piena efficacia di tali norme», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

determinano un obbligo all'adozione di ulteriori normative, necessarie per la concreta attuazione dei regolamenti stessi.

Come evidenziato da autorevole dottrina, il regolamento, quale atto-fonte disciplinante rapporti interni e dotato di diretta applicabilità, ben potrebbe risultare incompleto. In tale caso, «alla sua capacità astratta non corrisponde quindi la sua capacità concreta di disciplinare compiutamente una certa fattispecie interna», di conseguenza il regolamento «abbisogna di essere attuato generalmente [...] attraverso atti interni». In tale ipotesi, il regolamento non sarà in grado, «in virtù delle sue deficienze strutturali, di produrre posizioni soggettive perfette. Esso in altri termini, non avrà effetti diretti» e necessiterà, al fine di creare diritti azionabili in un giudizio interno di un'attività normativa di completamento da parte degli Stati membri⁴⁷.

Tuttavia, come di regola avviene, il regolamento è provvisto di effetto diretto ed è applicabile immediatamente e, pertanto, qualsiasi atto interno risulta superfluo e illegittimo nella misura in cui ne condiziona la piena efficacia. Tutto ciò comporta per gli Stati membri non solo l'obbligo di non emanare provvedimenti interni incompatibili con le disposizioni dei regolamenti, ma anche di non subordinare la concreta applicazione del regolamento ad alcuna disposizione o prassi di carattere nazionale che possa ostare all'efficacia immediata di una disposizione europea e «di conseguenza, all'esercizio immediato dei diritti soggettivi che detta disposizione attribuisca ai singoli»⁴⁸, in quanto ciò determinerebbe una compromissione irrimediabile dell'uniforme e simultanea applicazione dei diritti nell'intera Unione.

Dell'effetto diretto sono poi provviste le decisioni, sia quelle rivolte ai singoli, che quelle rivolte ad uno Stato membro. Tale atto normativo viene descritto dall'art. 288 TFUE, non diversamente dal regolamento, come obbligatorio in tutti i suoi elementi, tuttavia il Trattato specifica che se la decisione «designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi». La norma introducendo una differenziazione in ragione dei destinatari che ne fa un atto suscettibile di avere portata tanto individuale quanto generale o indeterminata.

La decisione individuale assolve ad una funzione eminentemente amministrativa o esecutiva, in quanto costituisce lo strumento attraverso il quale le istituzioni europee

⁴⁷ Così E. CANNIZZARO, *Appunti di diritto dell'Unione europea. Il sistema istituzionale e il sistema normativo*, op. cit., p. 70.

⁴⁸ Corte di Giustizia, sentenza 17 maggio 1972, causa C-93/71, *Orsolina Leonesio c. Ministero dell'agricoltura e foreste della Repubblica italiana*, punto 23, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

applicano le disposizioni normative contenute nei Trattati o nel diritto derivato a fattispecie concrete. Essa può avere come destinatari sia persone fisiche o giuridiche, sia Stati membri.

«La decisione è dotata dell'efficacia necessaria a vincolare i propri destinatari». In particolare le decisioni rivolte agli Stati membri obbligano tutti gli organi dello Stato destinatario, ivi compresi i giudici i quali «devono astenersi dall'applicare le norme interne [...] la cui attuazione potrebbe ostacolare l'esecuzione di una decisione comunitaria»⁴⁹.

Le decisioni sono, pertanto, dotate di efficacia diretta. Infatti, secondo il giudice europeo sarebbe in contrasto «con la forza obbligatoria attribuita dall'articolo 189 (ora art.288 TFUE) alla decisione l'escludere, in generale, la possibilità che l'obbligo da essa imposto sia fatto valere dagli eventuali interessati. In particolare, nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante decisione, obbligato uno Stato membro o tutti gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta, se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario.

Gli effetti di una decisione possono non essere identici a quelli di una disposizione contenuta in un regolamento, ma tale differenza non esclude che il risultato finale, consistente nel diritto del singolo di far valere in giudizio l'efficacia dell'atto, possa essere lo stesso nei due casi»⁵⁰. Per quanto evidenziato, al fine di determinare se una direttiva rivolta ad uno o più Stati membri è dotata di effetto diretto occorre, quindi, verificare se una decisione imponga allo Stato membro un obbligo incondizionato e sufficientemente chiaro e preciso.

In materia di effetti diretti orizzontali e con riguardo alle decisioni rivolte agli Stati, la Corte di Giustizia ha esteso alle decisioni i criteri elaborati sull'effetto diretto delle direttive, affermando in particolare che occorre ricordare che, secondo «una giurisprudenza costante, una direttiva non può di per sé stessa creare obblighi a carico di un singolo e non

⁴⁹ Corte di Giustizia, sentenza 21 maggio 1987, causa C-249/85, *Albako Margarinefabrik Maria von der Linde gmbh c. Bundesanstalt Fuer Landwirtschaftliche Marktordnung*, punto 17, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁵⁰ Corte di Giustizia, sentenza 6 ottobre 1970, causa C-9/70, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*; Corte di Giustizia, sentenza 6 ottobre 1970, causa C-18/68, *Foselev Sud-Ouest SARL c. Administration des douanes et droits indirects*, in particolare punti 11 e 12, dove viene evidenziato che «sarebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita dall'art. 189 del Trattato CEE (ora art.288) alla decisione escludere, in generale, la possibilità che l'obbligo da essa imposto sia fatto valere dagli interessati e, in secondo luogo, che una disposizione di una decisione rivolta ad uno Stato membro può essere fatta valere contro quest'ultimo, allorquando detta norma imponga al destinatario un obbligo incondizionato e sufficientemente chiaro e preciso», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti. Ne consegue che anche una disposizione chiara, precisa e incondizionata di una direttiva volta a conferire diritti o ad imporre obblighi ai privati non può trovare applicazione in quanto tale nell'ambito di una controversia che veda contrapposti esclusivamente dei singoli. Di conseguenza, le considerazioni alla base della giurisprudenza [...] riguardo alle direttive sono applicabili, *mutatis mutandis*, per quanto riguarda la possibilità di far valere la detta decisione contro un singolo»⁵¹.

Più complesso risulta il problema dell'effetto diretto quando si tratta delle disposizioni normative contenute in una direttiva. Come noto la direttiva vincola gli Stati membri cui è destinata relativamente al risultato da conseguire, ma li lascia liberi di scegliere forma e strumenti normativi da utilizzare per il raggiungimento dello scopo.

Il problema dell'effetto diretto si pone, con tutta evidenza, solo nelle ipotesi in cui le direttive non vengano attuate, ovvero vengano recepite in modo non corretto o intempestivo. Infatti, quando alle direttive viene data attuazione corretta e puntuale, il problema degli eventuali effetti diretti della direttiva non si pone, tenuto conto che i singoli ne saranno comunque investiti attraverso i provvedimenti nazionali di recepimento, anche se in ogni caso la posizione giuridica dei singoli va ancorata alla disposizione europea, che costituisce anche la chiave interpretativa delle norme giuridiche nazionali⁵².

Al fine di dare attuazione alle direttive, il legislatore nazionale deve adottare un atto di recepimento, ovvero una misura nazionale di esecuzione nel diritto interno.

Tuttavia, nella prassi non mancano direttive che contengono disposizioni con le caratteristiche tipiche delle norme provviste di effetto diretto, cioè chiare, precise e non condizionate per la loro applicazione ad alcun intervento delle autorità nazionali.

⁵¹Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 7 giugno 2007, causa C-80/06, *Carp Snc di L. Moleri e V. Corsi c. Ecorad Srl*, punti 20 e 21, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁵² Corte di Giustizia, sentenza 20 maggio 1976, causa C-111/75, *Impresa Costruzioni comm. Quirino Mazzalai c. Ferrovia del Renon*, in <http://www.eur-lex.europa>, punto 10, dove il giudice europeo rileva che la direttiva «può costituire per il giudice nazionale un utile criterio orientativo al fine di garantire l'interpretazione e l'applicazione della legge interna d'attuazione in senso conforme ai dettami del diritto comunitario»; Corte di Giustizia, sentenza 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Sabine von Colson ed Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, in <http://www.eur-lex.europa>, in particolare punti 26 e 28, dove viene precisato che «l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto» dal Trattato di «adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale e in particolare la legge nazionale espressamente adottata per l'attuazione» delle direttive «il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato contemplato» dall'art.288 TFUE. «Spetta al giudice nazionale dare alla legge adottata per l'attuazione della direttiva, in tutti i casi in cui il diritto nazionale gli attribuisce un margine discrezionale, un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario».

L'ipotesi non va indentificata in tutto per tutto con quella delle direttive c.d. dettagliate o particolareggiate (c.d. direttive *self-executing*)⁵³, le quali in sostanza impongono uno specifico comportamento per realizzare determinati obiettivi. In altri parole, una direttiva non è provvista di effetto diretto in quanto dettagliata o particolareggiata, poiché a tale scopo non rileva il livello di dettaglio, bensì che la norma sia chiara, precisa e soprattutto non condizionata per la sua applicabilità dall'emanazione di un atto interno; tanto è vero che, così come in precedenza evidenziato, anche un regolamento recante disposizioni dettagliate possono essere sprovviste dell'effetto diretto, se non sono chiare, precise e incondizionate.

A prescindere da quanto evidenziato le direttive non sono, in linea di principio, dotate di efficacia diretta, nondimeno la giurisprudenza europea ha attribuito tale effetto, anche in assenza di un atto di recepimento interno, quando le disposizioni della direttiva risultano essere sufficientemente chiare, precise e tali da non essere condizionate – *se non formalmente ed ai fini di certezza* – dall'emanazione di atti ulteriori.⁵⁴

In particolare, l'effetto diretto si verifica quando:

- i) la direttiva non è stata recepita o è stata recepita in modo errato;
- ii) le disposizioni della direttiva sono incondizionate e sufficientemente chiare e precise;
- iii) le disposizioni della direttiva conferiscono diritti ai singoli.

Qualora sussistano tali presupposti, i singoli possono far valere le disposizioni della direttiva dinanzi alle autorità pubbliche degli Stati membri, che hanno l'obbligo di tener conto della direttiva non recepita, anche qualora la disposizione in questione non accordi alcun diritto al singolo e sussistano solo il primo ed il secondo presupposto di cui sopra. Detta giurisprudenza si fonda soprattutto sui principi dell'effetto utile, della repressione

⁵³ Trattasi di atti che contengono disposizioni dettagliate nei contenuti, tali, dunque, da lasciare spazi di discrezionalità estremamente ridotti agli Stati membri, i quali, nel procedimento di recepimento, devono limitarsi alla mera loro trasposizione nel diritto interno. Esse, dunque, creano immediatamente, a prescindere da successivi atti normativi di recepimento, posizioni soggettive direttamente azionabili dinanzi ai giudici nazionali.

⁵⁴ Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1996, causa C-194/94, *CIA Security International SA c. Signalson SA e Securitel SPRLV*, punto 42, dove si rileva che «per giurisprudenza costante, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere richiamate per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva»; Corte di Giustizia, sentenza 29 settembre 1999, causa C-56/98, *Modelo SGPS SA c. Director-Geral dos Registos e Notariado*, punto 33, dove viene sottolineato «che, secondo una costante giurisprudenza, in tutti i casi in cui talune disposizioni di una direttiva appaiano, sotto il profilo sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, sia che l'abbia recepita in modo inadeguato», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

delle violazioni del Trattato e della tutela giurisdizionale.

Per contro, un singolo non può invocare direttamente nei confronti di un altro singolo (cosiddetto «effetto orizzontale») l'effetto diretto di una direttiva non recepita, infatti secondo una giurisprudenza costante successiva alla sentenza 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *Marshall*, una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti. In particolare, «la natura cogente della direttiva sulla quale è basata la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale esiste solo nei confronti dello Stato membro cui è rivolta. Ne consegue che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione di una direttiva non può quindi esser fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso»⁵⁵.

2.1.1. L'EFFETTO DIRETTO DEI PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Il problema dell'effetto diretto delle norme europee si pone anche con riguardo ai principi generali, stante la loro vincolatività nei confronti degli Stati membri.

In particolare, la questione relativa all'efficacia diretta dei principi generali riguarda le norme capaci di incidere sulla sfera giuridica soggettiva dei singoli che, oltre ad essere sufficientemente precise ed incondizionate, contribuiscono a chiarire il significato e la portata di altre norme primarie o derivate, fungendo anche da parametro per verificare la compatibilità del diritto interno quello europeo.

In tale ottica, occorre osservare che qualora taluni principi generali risultassero sufficientemente precisi, incondizionati e capaci di incidere sulla condotta dei singoli, non

⁵⁵ Così Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *M. H. Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>; cfr. anche Corte di Giustizia, sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Paola Faccini Dori c. Recreb srl*, dove si rileva che «la possibilità di far valere una direttiva nei confronti degli enti statali è fondata sulla natura cogente attribuita a tale atto dall'art. 189 del Trattato (ora art. 288 TFUE), natura cogente che esiste solo nei confronti dello Stato membro cui la direttiva è rivolta e che mira ad evitare che uno Stato possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario. Sarebbe infatti inaccettabile che lo Stato al quale il legislatore comunitario prescrive l'adozione di talune norme volte a disciplinare i suoi rapporti, o quelli degli enti statali, con i privati e a riconoscere a questi ultimi il godimento di taluni diritti potesse far valere la mancata esecuzione dei suoi obblighi al fine di privare i singoli di detti diritti. Estendere detta giurisprudenza all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetti immediati obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti. Ne consegue che, in assenza di provvedimenti di attuazione entro i termini prescritti, un privato non può fondare su una direttiva un diritto nei confronti di un altro privato, né può farlo valere dinanzi a un giudice nazionale», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

potrebbe ragionevolmente essere escluso il relativo effetto diretto⁵⁶.

Con riguardo alla possibile efficacia orizzontale delle norme dei principi generali, va evidenziato che la giurisprudenza europea ne ha in più occasioni escluso la configurabilità. In particolare, il giudice europeo ha escluso che i principi generali, *in primis* i diritti fondamentali, volti a garantire le situazioni giuridiche dei singoli, possano essere invocati nei rapporti intersoggettivi e, quindi, creare obblighi nei confronti di altri individui⁵⁷.

A dispetto di tale orientamento, è, invece, possibile «leggere tra le righe della giurisprudenza più recente la possibilità che, in talune occasioni, le norme dei principi generali del diritto e soprattutto quelle dei diritti fondamentali esplichino effetti orizzontali o quasi»⁵⁸. Il riferimento riguarda, in particolare, le sentenze nelle quali la Corte di giustizia ha riconosciuto che la tutela dei diritti fondamentali di un cittadino o di un gruppo possa creare obblighi, ovvero comportare ripercussioni negative sui diritti o libertà di altri individui.

In tale contesto, suscita particolare interesse l'esame dell'operatività dell'interpretazione conforme con riguardo ai principi generali. La Corte di giustizia ha precisato che l'attuazione del diritto europeo ed in particolare la trasposizione delle direttive, richiede che gli Stati membri «abbiano cura di fondarsi su un'interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Poi, in sede di attuazione delle misure di trasposizione delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o

⁵⁶ Sul tema cfr. G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 183, dove viene sostenuto che l'effetto diretto dei principi generali costituisce comunque un'efficacia «sui generis, stante la necessaria interposizione di altre norme scritte ai fini dell'operatività della stessa».

⁵⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 luglio 1989, causa C-5/88, *Ubert Wachauf c. Repubblica Federale di Germania*; Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 1993, causa C-60/92, *Otto BV c. Postbank NV*; Corte di Giustizia, sentenza 24 marzo 1994, causa C-2/92 *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Dennis Clifford Bostock*, in particolare punto 24, dove la Corte afferma che «il principio della parità di trattamento non può però modificare retroattivamente i rapporti delle parti del contratto di affitto a svantaggio del locatore, imponendogli l'obbligo di indennizzare l'affittuario uscente, sia nell'ambito di disposizioni nazionali che lo Stato membro interessato sarebbe tenuto ad emanare, sia per efficacia diretta», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁵⁸ Così G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 184; sul punto cfr. anche T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, op. cit., pp. 47-50, l'autore con riguardo all'effetto orizzontale dei principi generali evidenzia che «in some cases a horizontal or quasi-horizontal effect may be present. Thus, the obligation to respect the fundamental rights of an individual or a group may by reflection give rise to incidental obligations or the worsening of the legal position of another individual or group, such as for example where the freedoms of assembly and expression conflict with the freedom to inter-state trade».

con gli altri principi generali del diritto comunitario, come il principio di proporzionalità»⁵⁹. In tale ottica, i principi generali costituiscono, pertanto, un importante parametro cui fare riferimento in sede di recepimento degli atti normativi non direttamente applicabili.

3. IL SIGNIFICATO DEL RINVIO AI «PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO» CONTENUTO NELL'ART. 1, COMMA 1 DELLA LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241: IL SUPERAMENTO DEL CONCETTO DI SITUAZIONI MERAMENTE INTERNE

Con la legge 11 febbraio 2005, n. 15 sono state introdotte sostanziali innovazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241. In particolare, l'art.1, comma 1, della legge n. 241/1990 è stato riformulato con l'intento di arricchire il catalogo dei principi generali dell'attività amministrativa ivi enunciati. Nello specifico, l'articolo in commento è stato modificato attraverso l'introduzione del richiamo ai «principi dell'ordinamento comunitario».

Tale richiamo potrebbe apparire scontato e in parte privo di utilità pratica, atteso che è nozione comune che le norme del diritto europeo ivi compresi i principi, aventi effetti diretti, sono direttamente applicabili nell'ordinamento nazionale, con conseguente obbligo di disapplicazione delle norme nazionali contrastanti. È, inoltre, dato ampiamente consolidato che le norme ed i principi europei integrano il parametro di legalità dell'azione amministrativa.

Al riguardo, va rilevato che numerose sono le disposizioni di legge che esplicitano questo stato di soggezione dell'azione amministrativa nazionale ai principi europei: basti ricordare l'art.1, comma 4, legge 10 ottobre 1990, n. 287 «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato»⁶⁰; l'art. 20, comma 8, legge 15 marzo 1997, n. 59, «Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa»⁶¹; l'art. 192, comma 2, D.lgs. 18 agosto 2000, n.267 in materia di attività contrattuale degli enti locali⁶²;

⁵⁹ Così Corte di Giustizia, sentenza 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Roductores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁶⁰ L'art. 1, co. 4, legge n. 287/1990 stabilisce che «l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

⁶¹ L'art. 20, co. 8, legge n. 59/1997 prevede «la soppressione dei procedimenti che risultino non più rispondenti alle finalità e agli obiettivi fondamentali definiti dalla legislazione di settore o che risultino in contrasto con i principi generali dell'ordinamento giuridico nazionale o comunitario».

⁶² L'art. 192, co. 2, D.lgs. n. 267/2000 statuisce che in materia di attività contrattuale «si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano».

l'art.1, comma 1, legge 23 agosto 2004, n.239, sul riordino del sistema elettrico nazionale⁶³.

Nella maggior parte dei casi, appare evidente che il riferimento ai principi dell'ordinamento europeo è circoscritto all'ambito dello specifico settore in cui è calato il particolare procedimento.

La «stessa operazione riduttiva» non appare possibile nei confronti del testo di cui all'art. 1, comma 1, legge n.241/1990, in quanto tale legge, oltre alle norme sul procedimento, contiene norme generali sull'azione amministrativa. «Se questo è vero, allora non è azzardato rilevare che tutta la materia amministrativa è oggi “europeizzata”, anche al di là dei settori di attività che sono oggetto delle competenze comunitarie»⁶⁴.

In tale ottica, va rilevato che l'innovatività della disposizione in argomento risulta strettamente connessa all'analisi di due questioni:

- i) l'individuazione dell'esatto significato della locuzione «principi dell'ordinamento comunitario».
- ii) la definizione della natura del rinvio effettuato dall'art. 1, comma 1, legge n.241/1990;

3.1. IL RIFERIMENTO AI «PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO»

Con riguardo al primo aspetto, va rilevato che la locuzione «principi dell'ordinamento comunitario» risulta impropria, infatti questa categoria risulta indefinita, con essa vengono indicati taluni principi di carattere costituzionale del diritto dell'Unione europea. Non avrebbe, infatti, avuto «molto senso richiamarli in una legge sul procedimento amministrativo, stante la loro forza giuridica e la scarsa incisività per la disciplina dell'attività». Appare, allora, chiaro che il legislatore italiano aveva in mente i «principi

⁶³ L'art.1, co. 1, legge n. 239/2004 stabilisce che «nell'ambito dei principi derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, sono principi fondamentali in materia energetica, ai sensi dell'articolo 117, terzo comma, della Costituzione, quelli posti dalla presente legge».

⁶⁴Così A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*. Saggi ordinati in sistema, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, pp. 44-45. Al riguardo l'autore mette in evidenza che l'introduzione di riferimento ai principi europei costituisce «non costituisce certamente un atto dovuto di adeguamento, ma una scelta ordinamentale ben caratterizzata, che va nella direzione del monismo, proprio in uno di quei campi ove sono finora state maggiori le specificità e, per così dire, le gelosie nazionali»; cfr. anche A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo, vent'anni dopo*, Napoli, 2011, p. XIV, in cui viene evidenziato che nella legge n. 241/1990 viene richiamato nel «nuovo art.1 (dal 2005) la applicabilità e la vincolatività dei principi dell'ordinamento comunitario all'intera attività amministrativa italiana»; cfr. V. Cerulli Irelli, *Introduzione*, in *La Pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n.241/1990 riformata dalle leggi n.15/2005 e n.80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, pp. 2-4.

generali di diritto comunitario», ovviamente «quelli destinati ad incidere, direttamente o indirettamente, sul piano della regolazione dei rapporti amministrativi in genere e del procedimento amministrativo in particolare»⁶⁵.

Tali principi così intesi hanno, quindi, un'evidente rilevanza per i temi dell'attività amministrativa, dato che comprendono principi quali il principio di legittimo affidamento, buona amministrazione, precauzione, proporzionalità che hanno, con ogni evidenza, una immediata rilevanza per l'attività amministrativa⁶⁶.

In tale ambito, occorre, inoltre, evidenziare che la disposizione legislativa opera un rinvio ai principi in quanto tali. Di conseguenza, ciò che conta ai fini dell'operatività del rinvio è dato dal fatto che un determinato precetto rilevante per il diritto possa essere configurato come «principio». Non è, pertanto, necessario che i principi presentino l'ulteriore nota distintiva della «generalità», ossia dell'essere suscettibili di applicazione in qualsiasi ambito della normazione positiva: il rinvio ai principi dell'ordinamento europeo produce, quindi, i propri effetti anche per quanto concerne i principi di tipo settoriale⁶⁷.

3.2. IL RINVIO «MOBILE» AI PRINCIPI DELL'ORDINAMENTO EUROPEO

Dopo aver definito l'esatto significato della locuzione «principi dell'ordinamento comunitario», risulta di fondamentale importanza la definizione della natura del rinvio ai principi comunitari, operato dall'art.1, comma 1, legge n. 241/1990.

Al riguardo, va evidenziato che la nozione giuridica di «rinvio»⁶⁸ viene usualmente

⁶⁵ Così G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo (Leggi n.15 e n.80 del 2005)*, Padova, 2005, p.145.

⁶⁶ M.P. CHITI, *Introduzione*, in *I principi generali dell'azione amministrativa*, a cura di M. P. CHITI, G. PALMA, Napoli, 2006, pp. 13-14.

⁶⁷ Cfr. G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in *Codice dell'azione amministrativa* (estratto), a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, p. 23.

⁶⁸ La produzione normativa mediante rinvio si basa sulla netta contrapposizione teorica fra il c.d. rinvio statico, materiale, recettizio o fisso e il c.d. rinvio dinamico, formale, non recettizio o mobile.

Richiamando le definizioni dei manuali e semplificando al massimo i termini del discorso si può ricordare che questo fenomeno è caratterizzato dalla presenza di una disposizione che non procede alla diretta determinazione della disciplina dei rapporti giuridici, ma li rimette ad altre fonti o disposizioni. Nel primo caso il rinvio statico, materiale, recettizio o fisso si caratterizza per il fatto che una disposizione dell'ordinamento statale richiama una disposizione determinata, specifica (per questo si definisce fisso) in vigore nello stesso, oppure in un altro ordinamento.

Nel secondo caso, il rinvio dinamico, formale, non recettizio o mobile si caratterizza per il fatto che una disposizione dell'ordinamento statale richiama non una disposizione determinata di un ordinamento, bensì una fonte di questo ordinamento.

In altre parole, la distinzione tra i due concetti si basa proprio sull'alternativa che la disposizione rinvianti rimetta a diverse fonti o unicamente ad una diversa ed ulteriore disposizione. Il rinvio alla fonte ha l'effetto di dare rilevanza a tutte le norme che la fonte, di volta in volta, è in grado di produrre e, pertanto, a tutte le

utilizzata per raccordare due ordinamenti giuridici distinti e, dunque, mal si adatta ai rapporti tra l'ordinamento giuridico nazionale ed europeo che, come noto, sono da considerare in modo monistico.

Al fine di definire la natura di tale rinvio appare utile l'analisi dei lavori preparatori della legge 11 febbraio 2005, n. 15.

Nei testi che hanno preceduto la stesura finale della legge era contenuta una menzione articolata di taluni principi europei, nel testo finale, invece, appare il solo riferimento ai «principi dell'ordinamento comunitario». Tale ultimo elemento porta a ritenere che il legislatore fosse pienamente consapevole della «perdurante fluidità della loro elaborazione»⁶⁹.

Il rinvio ai principi europei operato dal legislatore nazionale risulta, pertanto, essere un rinvio di tipo «formale» con la conseguenza che i principi europei vanno intesi in modo dinamico, vale a dire in rapporto a tutti i loro successivi sviluppi, in modo da assicurare il necessario grado di flessibilità⁷⁰. Secondo tale impostazione, in sintesi, la previsione

modifiche che queste subiscono, per questo motivo viene definito rinvio «dinamico». Di contro, il rinvio alla disposizione comporta una sorta di incorporazione della disposizione oggetto del rinvio in quella rinviante e viene qualificato «statico» proprio per evidenziare che le vicende della disposizione oggetto di rinvio non si riflettono sul rinvio stesso.

⁶⁹ Tale considerazione è confermata dalla Relazione della I Commissione Permanente del 6 novembre 2003, dove viene evidenziato che «durante l'esame in Commissione si è deciso di non allargare ulteriormente il catalogo dei principi espressamente richiamati nell'articolo 1 della legge n. 241, come era invece previsto anche nel testo approvato dal Senato, non perché non se ne condivida il contenuto, bensì perché si è ritenuto che nell'articolo 1 di una legge fondamentale come la n. 241 del 1990 si debba privilegiare la sintesi e perché molti dei principi che ci si proponeva di elencare espressamente sono già contenuti indirettamente mediante il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario», in www.legxiv.camera.it.

⁷⁰ La dottrina maggioritaria considera il rinvio operato dall'art.1, comma 1 legge n. 241/1990 come un rinvio mobile o formale o non recettizio. Al riguardo cfr. G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, op. cit., p. 23, dove si afferma che il rinvio operato dalla legge n. 241/1990 si ispira al «modello del rinvio formale»; G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo*, op.cit., pp.145-150, l'autore evidenzia che il rinvio di cui all'art. 1, comma 1, legge n. 241/1990 costituisce un rinvio mobile all'ordinamento sovranazionale, inoltre, «la legge n.15/2005, almeno con riferimento al diritto delle pubbliche amministrazioni, ha invece preferito “cedere il passo” al diritto comunitario, recependone l'insieme dei principi, ivi compresi, si noti bene, tutti quelli di futura emersione»; S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008 pp. 117-182, che propende per il rinvio mobile; V. CERULLI IRELLI, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, a cura di G. SCIULLO, Bologna, 2006, pp.13-14, dove si parla espressamente di «una ricezione di carattere formale, nel senso che automaticamente diverranno principi validi per l'amministrazione nazionale quelli che successivamente potranno essere elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia»; A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Vol. I, diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, Milano, 2007, p. 405, l'autore qualifica il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario inserito nel corpo dell'art. 1, comma 1, legge n. 241/1990 quale «rinvio di tipo presumibilmente formale», «stante la quasi intrinseca fluidità dei principi generali, tanto più in presenza di una giurisprudenza, come quella comunitaria, che ha largamente dimostrato di saper fare un uso sapientemente combinatorio dei principi stessi, anche attraverso la formulazione di eniadi o di espressioni multiple capaci di diversificarne portata e declinazioni di contenuto con riguardo alla concretezza della fattispecie»; A. LIBERATI, *Il procedimento amministrativo*, Vol. I, Padova, 2008, pp. 79-81, l'autore precisa che il rinvio ex art.1, legge n.241/1990 è un rinvio mobile, «difatti, non vi è una elencazione precisa,

normativa di cui all'art.1, comma 1, legge n.241/1990 permette che eventuali nuovi principi, ovvero una diversa elaborazione di quelli esistenti, entrino nell'ordinamento interno senza la necessità di un recepimento espresso.

3.3. IMPLICAZIONI DEL RINVIO OPERATO DALL'ART.1, COMMA 1 DELLA LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241

Il rinvio operato dall'art.1, comma 1, legge n. 241/1990 potrebbe apparire non innovativo, ovvero meramente ricognitivo dell'efficacia e della rilevanza diretta delle norme europee. In altre parole, il rinvio in argomento potrebbe apparire inutile, in quanto la doverosità dell'applicazione dei principi dell'ordinamento europeo risulterebbe tale non a causa del richiamo effettuato dalla legge n.241/1990, bensì in forza dei principi di efficacia diretta e supremazia delle norme europee.

Effettivamente alla luce di tale impostazione e limitatamente alle materie di competenza dell'Unione europea il richiamo di cui all'art.1 della legge n.241/1990 appare come una indicazione «didattica», ovvero meramente ricognitiva di un effetto che era già presente prima dell'introduzione dell'esplicito rinvio ai «principi dell'ordinamento comunitario».

Tuttavia, la disposizione normativa ha indubitabilmente «un'efficacia di tipo costitutivo» ed un valore innovativo per l'attività amministrativa non attinente alle funzioni trasferite alle istituzioni europee. Al riguardo, non va dimenticato un dato molto rilevante: nelle materie escluse dalla competenza dell'Unione riacquistano piena efficacia i singoli ordinamenti nazionali i quali, laddove esistano ancora spazi giuridici non disciplinati dalle norme dei Trattati, dei regolamenti o delle direttive, potrebbero in ipotesi optare per scelte regolative dissonanti rispetto ai principi propri del diritto dell'Unione.

L'importanza del rinvio effettuato dalla legge n.241/1990 è, quindi, data dal fatto che i principi dell'Unione assumono rilevanza e trovano applicazione per tutta l'attività

ma la locuzione utilizzata consente un rinvio ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia [...] con tale norma, inoltre, si è scelto di non enumerare i principi comunitari, anche se alcuni di questi, in una prima formulazione della norma, erano stati specificamente enunciati»; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 419, al riguardo, l'autore afferma che «assai importante è il richiamo, da intendersi come “mobile”, ai principi del diritto comunitario»; M.P. CHITI, *Introduzione*, in *I principi generali dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 14-15, in particolare l'autore evidenzia che il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario è «duplice, (sia ricettizio che formale) perché allo stesso tempo recepisce il complesso dei principi sinora elaborati in diritto europeo e autorizza per il futuro l'ingresso di ogni altro principio della stessa natura».

amministrativa, anche quando non si tratta di questioni di diretta competenza europea. Con maggiore impegno esplicativo, acuta dottrina ha evidenziato che «la menzione legislativa contribuisce ad innalzare il livello complessivo di “cultura giuridica comunitaria”», inoltre, la disposizione ha il merito di «nazionalizzare i principi dell’ordinamento europeo»⁷¹.

Per quanto evidenziato, il rinvio «mobile» ai principi dell’Unione europea operato dall’art.1 della legge n.241/1990 appare tutt’altro che ridondante, risultando non soltanto innovativo dell’ordinamento, ma anche e soprattutto opportuno alla luce dell’uniformità di trattamento delle situazioni giuridiche soggettive di matrice europea e nazionale.

Pertanto, non si ritiene possa essere condiviso il parere di parte della dottrina che ha dubitato dell’innovatività della previsione normativa e in particolare dell’opportunità del rinvio unilaterale e mobile operato dal nostro legislatore ai principi dell’ordinamento europeo⁷².

L’art.1 della legge n. 241/1990 enuncia, invece, una regola innovativa, chiara ed inequivocabile: l’azione amministrativa nazionale è tenuta al rispetto dei principi dell’ordinamento dell’Unione europea. «Si noti bene: *tutta* l’azione amministrativa nazionale, non solo quella in cui la fattispecie ha rilevanza transnazionale»⁷³. L’introduzione del rinvio mobile ai principi europei comporta, dunque un’attuazione, in via amministrativa e giurisdizionale, che consideri i principi dell’Unione quali vincoli cogenti per tutta l’azione amministrativa nazionale.

Al riguardo, inoltre, va evidenziato come già prima della novella normativa la giurisprudenza amministrativa e contabile abbia provveduto, grazie all’operare del c.d.

⁷¹ Così G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo*, op.cit., pp.146-147, l’autore evidenzia che «il giudizio su questa parte dell’art.1 l. proc. amm. È assolutamente positivo: il legislatore italiano ha infatti mostrato di avere a cuore l’obiettivo di una vera e piena “comunitarizzazione” del diritto nazionale, assicurandone una completa ed automatica “armonizzazione” quantomeno sul piano dei principi».

⁷² Al riguardo, cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010, pp.51-52, l’autore afferma che «desta perplessità» la disposizione dell’art.1, comma 1 della legge n. 241/1990 secondo cui «l’attività amministrativa è retta (anche) dai “principi dell’ordinamento comunitario”, tanto se la si interpreta nel senso che il rinvio a questi ultimi opera anche per i settori estranei al diritto comunitario, tanto se si adotta l’interpretazione, comunque preferibile, che il rinvio è rilevante soltanto per l’attività amministrativa italiana che costituisce amministrazione indiretta comunitaria»; cfr. anche A. POLICE, *Articolo 1, comma 1, Principi generali dell’attività amministrativa*, in *La Pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n.241/1990 riformata dalle leggi n.15/2005 e n.80/2005*, op. cit., p. 49, in particolare l’autore afferma che «il richiamo ai principi dell’ordinamento comunitario di recente introduzione ha scarsa importanza innovativa sul sistema generale dei principi dell’azione amministrativa. È ben noto, infatti che tali principi trovano il loro fondamento e la loro forza cogente per l’attività amministrativa (anche nazionale) in altre previsioni normative, ben più risalenti ed assistite da ben più significative garanzie di effettività».

⁷³ Così S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, op. cit., p. 178.

*spill over effect*⁷⁴, ad applicare, anche se in modo oscillante, i principi europei a fattispecie di esclusiva competenza nazionale. Anche in tale prospettiva potrebbe, allora, dubitarsi della portata innovativa del rinvio ai principi europei, i quali sarebbero stati comunque applicabili all'attività amministrativa interna in forza del canone costituzionale di uguaglianza.

Tuttavia, l'espresso intervento del legislatore appare sicuramente utile in quanto consente di superare le incertezze circa «l'ambito di operatività di tali principi garantendone l'eguale osservanza in ogni campo dell'azione amministrativa»⁷⁵. Infatti, il richiamo esplicito ai principi europei comporta l'elevazione di questi stessi principi a parametri legali dell'attività amministrativa, con la conseguenza che la loro violazione rileverà, non più sotto l'aspetto dell'eccesso di potere, bensì sotto il profilo della violazione di legge e in quanto tale immediatamente rilevabile dal giudice amministrativo⁷⁶.

Sulla base delle considerazioni precedenti, si ritiene pienamente condivisibile l'impostazione di autorevole dottrina secondo cui la formulazione dell'art. 1, comma 1

⁷⁴L'applicazione dei principi europei penetra anche negli ordinamenti degli altri Stati membri diventando vincolante non solo in tutte le fattispecie di diretta rilevanza per il diritto europeo, bensì anche nelle vicende aventi rilevanza soltanto per il diritto interno (c.d. *spill over effect*). Le ragioni del fenomeno del c.d. *spill over* sono da ricondurre, innanzitutto, alla necessità di evitare discriminazioni nei casi in cui l'applicazione del diritto europeo produca un trattamento giuridico più favorevole di quello riservato alla medesima situazione dal diritto interno. Il secondo motivo si collega al fatto che la tutela giurisdizionale dei diritti sanciti dall'ordinamento europeo è affidata ai giudici nazionali; difficilmente, infatti, accade che l'autorità giudiziaria nazionale possa seguire a lungo un sistema binario di parametri di riferimento e applicare di conseguenza criteri e regole differenti a seconda del diritto (nazionale o europeo) concretamente applicato.

⁷⁵Così S. MORO, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario ex art. 1 l.n. 241/1990: ius receptum o ius novum?*, in *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, a cura di D. CORLETTI, Padova, pp. 174-175; Sul rapporto tra il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. e art. 1, comma 1, legge 241/1990 cfr. S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 279-286. In particolare, l'autore afferma che l'art.1, comma 1, legge 241/1990, «laddove richiama l'applicazione dei principi dell'ordinamento comunitario, sembra da leggere come il necessario complementare del riferimento all'imparzialità: una imparzialità da misurarsi anche alla luce del diritto europeo, che obbliga a trattare in modo eguale situazioni che, alla luce dell'art.3 Cost. debbono essere trattate in modo eguale. [...] La norma assume in questo modo una sua complessiva simmetria, ponendosi come l'esplicitazione del quadro costituzionale di riferimento, dal quale si possono ricavare *ratio*, ispirazione e limiti del suo ambito applicativo». Al riguardo, va evidenziato che il legislatore con l'art. 53 della legge 24 dicembre 2012, n. 234 ha ulteriormente tutelato le posizioni giuridiche soggettive dei cittadini attraverso disponendo in termini generali che nei «confronti dei cittadini italiani non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea».

⁷⁶Cfr. O. GRASSO, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in *Il procedimento amministrativo*, a cura di M. CORRADINO, Torino, 2010, pp.18-19. Sul punto cfr. anche M.T. SEMPREVIVA, C. SILVESTRO, *Il nuovo provvedimento amministrativo*, Napoli, 2009, p.19, in particolare viene evidenziato che i principi europei «fungono, al pari delle norme interne, da parametro di legittimità dell'attività amministrativa». Infatti, l'art.1 della legge n.241/1990 «espressamente assoggetta l'esercizio dell'attività amministrativa anche ai principi dell'ordinamento comunitario. Ne consegue che la violazione da parte dell'amministrazione dei principi europei concernenti l'azione dei pubblici poteri configura ineluttabilmente un vizio di violazione di legge».

della legge n. 241/1990, così come modificato dalla legge n.15/2005 comporta che «la necessità di osservare i “principi” dell’ordinamento comunitario è ora un preciso precetto di diritto positivo e non soltanto un’esigenza logica del sistema»⁷⁷.

In tale ambito, va, inoltre, evidenziato che la giurisprudenza amministrativa e contabile mostra di aderire alle considerazioni svolte dalla dottrina maggioritaria riconoscendo, in particolare, che «tutti gli operatori di diritto e massimamente gli organi giurisdizionali debbano contribuire ad inverare nella prassi amministrativa i principi dell’ordinamento comunitario ai quali esso si ispira e che costituiscono principi dell’ordinamento nazionale, secondo l’interpretazione autentica fornita dall’art. 1 della legge n. 241/1990»⁷⁸, esso «prevede che *tutta* l’azione amministrativa sia retta, tra gli altri, anche dai principi dell’ordinamento comunitario»⁷⁹. Con specifico riferimento al principio di proporzionalità (ma le stesse considerazioni hanno identico valore per tutti i principi europei) è stato affermato che esso «assume nell’ordinamento interno lo stesso significato che ha nell’ordinamento comunitario. Come è oggi confermato dalla clausola di formale recezione ex art. 1, comma 1, legge n. 241/1990 come novellato dalla legge n.15/2005»⁸⁰. Con riguardo ad una procedura di concessione di suolo pubblico avente rilevanza unicamente sul piano del diritto nazionale il giudice amministrativo ha avuto modo di affermare che «l’amministrazione è tenuta a privilegiare l’applicazione dei principi di derivazione

⁷⁷ Così G. GRECO, *L’incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo II, *op. cit.*, p. 934.

⁷⁸ Corte dei Conti, sezione giurisdizionale regionale per la Lombardia, 14 luglio 2006, n. 447; cfr. anche Corte dei Conti, sezione giurisdizionale regionale per il Piemonte, 20 aprile 2012, n. 65, dove viene evidenziato che nell’ambito dell’azione amministrativa «occorre assumere come parametri di riferimento anche i cosiddetti principi di garanzia elaborati dal Diritto comunitario, in quanto tali non derogabili dal legislatore nazionale, tanto più in funzione della scelta compiuta dal novellato articolo 1, comma 1, della Legge nr. 241 del 1990: la sottoposizione, in termini generali, dell’attività amministrativa ai canoni di matrice comunitaria. Fino a questo momento, infatti, le norme di Legge nazionali che richiamavano tali postulati operavano un rinvio settoriale, limitato ai principi elaborati nella materia regolata; un rinvio, quindi, meramente ricognitivo, in considerazione della riconosciuta prevalenza della fonte comunitaria in ipotesi di contrasto con la fonte interna, alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale della Corte Costituzionale. Nel contesto della normativa attualmente vigente, invece, come dimostra la lettura della cennata disposizione della Legge nr. 241 del 1990 e la sede individuata per consacrare l’innovazione, l’universo del procedimento e dell’azione amministrativa è interamente pervaso, per espressa formulazione della Legge, dai principi dell’ordinamento comunitario, con il corollario che determinati canoni rappresentano prescrizioni irrinunciabili per il legislatore nazionale e per l’interprete, in quanto patrimonio giuridico comune nell’ottica di una sempre più penetrante integrazione europea», in www.amministrativistaonline.it.

⁷⁹ T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 24 maggio 2011, n. 778, in *Giurisprudenza italiana*; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 28 ottobre 2009, n.1802, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Sul punto cfr. in particolare G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo*, *op.cit.*, p. 148, il quale rileva che «il passo in avanti compiuto dalla legge n.15/2005 è di grande valore: il riconoscimento positivo della *primauté* del diritto comunitario viene ora esteso ad ogni ambito del diritto amministrativo ed attinge direttamente il più alto livello della disciplina. In tal modo il diritto dell’Unione diviene esplicitamente il parametro della legittimità di tutta l’attività amministrativa interna ».

⁸⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

comunitaria e costantemente applicati dalla Corte di giustizia europea - di concorrenza, di parità di trattamento, di trasparenza, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento e proporzionalità. Tali principi, anche in virtù dell'articolo 1 della legge n. 241 del 1990, non solo si applicano direttamente nel nostro ordinamento, ma debbono informare il comportamento dell'amministrazione, anche quando non è tenuta ad azionare formalmente la procedura dell'evidenza pubblica»⁸¹.

Riassumendo, dunque, una volta che un principio generale dell'Unione europea sia stato qualificato come tale dalla Corte di giustizia, detto principio deve trovare applicazione negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, qualora ci si trovi in un contesto d'azione dell'amministrazione nazionale che ricade nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione⁸².

Con specifico riguardo all'ordinamento giuridico italiano, in virtù della previsione contenuta nell'art.1, comma 1, legge n.241/1990, vi è una conseguenza ulteriore: la circostanza che un principio venga identificato e qualificato come tale dalla Corte di Giustizia implica per ciò stesso che esso sia destinato a trovare in ogni caso applicazione nell'ordinamento giuridico nazionale indipendentemente «dal fatto che la fattispecie specifica ricada o meno nell'ambito dell'applicazione del diritto dell'Unione europea»⁸³.

In tale contesto, occorre, infine, ribadire un aspetto di non secondaria importanza del rinvio ai principi europei operato dalla legge nazionale: l'ampliamento dell'ambito oggettivo di applicabilità dei principi del diritto europeo comporta l'ulteriore logica conseguenza che i principi europei diventano parte integrante del sistema nazionale e, quindi, la deviazione da essi dà luogo all'esperimento di tutti rimedi apprestati dall'ordinamento giuridico per garantire il rispetto delle situazioni giuridiche soggettive incluso l'annullamento dei provvedimenti difformi e il risarcimento del danno. Infine, va evidenziato che la generalizzata applicazione dei principi europei determina una maggiore tutela delle situazioni giuridiche soggettive sia al livello procedimentale, che sul piano giurisdizionale.

⁸¹ Consiglio di Stato, sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁸² Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 ottobre 1973, causa C-230/78, *Eridania-Zuccherifici nazionali e spa Società italiana per l'industria degli zuccheri c. Ministro per l'agricoltura e le foreste, Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato e la spa Zuccherifici Meridionali*, punto 31, dove viene statuito che «il rispetto dei principi generali del diritto comunitario [...] si impone a qualsiasi autorità che debba applicare regolamenti comunitari», in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁸³ Così D.U. GALETTA, *Introduzione generale*, in *Diritto amministrativo nell'Unione europea, argomenti e materiali*, a cura di D.U. GALETTA, Torino, 2014, p.13; cfr. anche D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, Milano, 2013, pp. 107-108.

CAPITOLO III

IL REGIME DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE CONTRASTANTE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La patologia dell'atto amministrativo per violazione del diritto europeo. – 2.1. Illegittimità diretta e indiretta. – 2.2. L'atto amministrativo nazionale in contrasto con una norma europea direttamente applicabile. – 3. Il regime di invalidità dell'atto amministrativo «anticomunitario». – 3.1. La teoria della disapplicazione in ogni tempo. – 3.1.1. La giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3.1.2. L'orientamento della giurisprudenza amministrativa italiana. – 3.2. La teoria della nullità. – 3.3. L'annullabilità dell'atto amministrativo «anticomunitario». – 3.4. La tesi intermedia tra l'annullabilità e la nullità. – 4. Invalidità dell'atto amministrativo per violazione del diritto UE e autotutela amministrativa. – 4.1. L'autotutela amministrativa-brevi cenni. – 4.2. Atto amministrativo «anticomunitario» e autotutela amministrativa. – 4.2.1. La posizione del giudice interno. – 4.2.2. La posizione della Corte di giustizia. – 4.3. Considerazioni di sintesi.

1. PREMESSA

Secondo le nozioni di teoria generale del diritto, un atto amministrativo è affetto da una qualche forma di patologia qualora presenti dei «tratti difformi dallo schema (o fattispecie) normativo astratto»¹.

L'espressione «patologia», richiamando metaforicamente concetti della scienza medica, designa per l'appunto un atto affetto da una alterazione. Tale concetto non può però essere sovrapposto a quello di invalidità, atteso che nel diritto amministrativo si assiste alla formazione di stati patologici gradati che, «lungi dall'essere relegati negli angusti limiti delle note categorie civilistiche della nullità e dell'annullabilità, meritano una collocazione autonoma e differenziata»².

Più in particolare, è il diritto positivo a stabilire quando, in relazione agli effetti che la difformità produce, la patologia assume una rilevanza tale da essere presa in considerazione al fine di riconoscerle una capacità invalidante.

¹ Così M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993, p. 299, in particolare, l'autore rileva che «così come per ogni atto giuridico, anche per il provvedimento amministrativo possono presentarsi fattispecie anormali, cioè aventi, secondo il rigoroso significato giuridico dell'anormalità dei tratti difformi dallo schema (o fattispecie) normativo astratto».

² Così F. CARINGELLA, M. PASTORE, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. V, *L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014, p. 1.

Nel diritto amministrativo vanno prese in considerazione quali forme unanimemente riconosciute di patologia le categorie della:

- i) invalidità, nelle due forme dell'annullabilità e della nullità;
- ii) irregolarità;
- iii) inopportunità.

L'invalidità ritenuta «categoria estrema»³ della patologia sussiste nel caso in cui la difformità dell'atto rispetto al paradigma legale riguardi punti fondamentali, cui corrisponde la lesione dell'interesse concreto che la norma violata intende tutelare. La nozione di invalidità comprende due stati patologici: la nullità e l'annullabilità.

La nullità dell'atto amministrativo costituisce una «forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi, oggi meglio definiti dal legislatore, in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è quella della nullità»⁴. In particolare, l'atto emanato nel rispetto delle norme di relazione, attributive del potere, ma in difformità di quelle di azione è in linea di principio affetto da illegittimità (nelle forme dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere) e, pertanto, sottoposto al regime dell'annullabilità.

Al riguardo, è stato sottolineato come la ragione di fondo di tale divergenza di disciplina tra vizi dell'atto amministrativo e vizi del negozio sia chiara: «nel diritto amministrativo l'esigenza prioritaria è quella di assicurare la stabilità del provvedimento

³ Così M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 299. Al riguardo, l'autore evidenzia che «la fattispecie invalida non è la fattispecie carente di validità, ossia non è che l'invalidità sia la negazione logica della validità: è una fattispecie sostanzialmente diversa da quella valida, il cui avveramento produce effetti giuridici in tutto o in parte diversi da quelli della fattispecie valida, o automatici, o potenziali, o eventuali, a seconda del modo con cui nei diritti positivi essa è disciplinata».

⁴ Così Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Al riguardo, viene, inoltre, evidenziato che «l'art. 21-septies della (riformata) legge n. 241/1990 prevede che il provvedimento amministrativo è nullo quando a) manchi degli elementi essenziali, b) sia viziato da difetto assoluto di attribuzione, c) sia stato adottato in violazione o elusione del giudicato ed infine d) in tutti gli altri casi espressamente previsti dalla legge (c.d. nullità testuali). Le cause di nullità del provvedimento amministrativo devono quindi oggi intendersi quale numero chiuso». In tema di annullabilità dell'atto amministrativo occorre evidenziare che le norme che disciplinano l'azione amministrativa sono tutte norme imperative in quanto trovano fondamento nei principi costituzionali di buon andamento e di efficienza dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. e non sono disponibili per la Pubblica Amministrazione. Tuttavia, ogni violazione di legge (anche di disposizioni imperative) costituisce vizio di legittimità e, quindi, causa di annullabilità dell'atto; pertanto, nel diritto civile la violazione di una norma imperativa provoca nullità, nel diritto amministrativo determina un vizio di violazione di legge che comporta invece l'annullabilità dell'atto.

amministrativo»⁵. Nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, così come si evince chiaramente dal principio di decadenza, è inconcepibile che il vizio di un provvedimento amministrativo, ancorché derivante da violazione di una norma imperativa, possa essere rilevato senza limiti temporali ed addirittura d'ufficio da parte del giudice. Se così fosse, l'azione amministrativa resterebbe perennemente precaria ed incerta e potrebbe in ogni tempo essere rimessa in discussione. Esigenze di rilievo pubblicistico impongono che il provvedimento amministrativo, decorso il termine di decadenza, pervenga ad una condizione di stabilità ed intangibilità giurisdizionale, salvo naturalmente il potere per la Pubblica Amministrazione di esercitare l'autotutela nei limiti previsti anche per tale potere.

All'invalidità del provvedimento amministrativo è connessa la sanzione dell'inefficacia che risulta *ipso iure* nel caso della nullità, in quanto l'effetto invalidante costituisce la conseguenza diretta del prodursi della fattispecie della nullità. Nel caso della fattispecie dell'annullabilità la sanzione della inefficacia è, invece, *ope iudicis*, poiché l'effetto invalidante costituisce conseguenza della domanda e della sentenza di annullamento del giudice.

All'opposto dell'invalidità, si pone l'irregolarità che costituisce la forma patologica di più lieve entità, essendo il relativo vizio di talmente ridotta entità da non compromettere minimamente l'interesse che la norma violata intende tutelare.

Tipico vizio del provvedimento amministrativo è, inoltre, quello dell'inopportunità, un vizio di merito che attiene al contenuto dell'atto, vale a dire al contrasto tra l'assetto degli interessi consacrato a seguito dell'esercizio del potere ed i principi di buona amministrazione⁶. Più in particolare, mentre l'illegittimità costituisce la difformità dell'atto dal paradigma normativo costituito dalle norme di azione, l'inopportunità si verifica nei casi in cui la scelta discrezionale confligge con criteri non giuridici, diversamente il vizio di opportunità sarebbe, infatti, compreso in quello di legittimità. Il provvedimento inopportuno, salvo i casi in cui è espressamente riconosciuta la giurisdizione estesa al merito, non è annullabile, fatta salva la sollecitazione del potere di revoca riconosciuto alla pubblica Amministrazione.

Va infine ricordata l'inesistenza quale ulteriore forma di patologia dell'atto. Di tale

⁵ Così R. CHIEPPA, *Commento all'art. 21-septies*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2011, p. 138.

⁶ Il merito amministrativo può essere definito come «l'insieme delle soluzioni compatibili con il canone di congruità-logicità che regola l'azione discrezionale, distinguibili e "graduabili" tra di loro (nel senso che una soluzione sia da ritenere migliore delle altre) soltanto utilizzando criteri di opportunità e di convenienza», così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, p. 566.

categoria la legge sul procedimento amministrativo non fa menzione, essa resta quindi priva di definizione normativa, costituendo esclusivamente il frutto di quell'elaborazione dottrinale, secondo cui l'atto inesistente è un *quid facti*, giuridicamente irrilevante.

In particolare, mentre «il provvedimento nullo è un provvedimento potenzialmente capace di produrre effetti e come tale rischia di essere erroneamente tradotto in realtà materiale, donde l'interesse ad agire per la dichiarazione di nullità; il provvedimento inesistente è, invece, un'entità giuridicamente irrilevante, incapace in radice di produrre alcun effetto materiale e relativamente al quale non è possibile neanche immaginare un interesse ad agire»⁷.

2. LA PATOLOGIA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO

L'attitudine del diritto europeo nel condizionare il diritto interno si manifesta anche sul versante della patologia dell'atto amministrativo.

La questione si pone in questi termini: l'accertata difformità di un provvedimento amministrativo interno rispetto alle norme dell'Unione europea, determina una patologia individuata nella c.d. «anticomunitarietà», con ricadute sia sul diritto sostanziale che su quello processuale nazionale.

Al riguardo, occorre evidenziare che l'individuazione del regime giuridico dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto dell'Unione europea risente, in qualche modo, della soluzione accolta in ordine alla questione dei rapporti tra l'ordinamento europeo e nazionale.

In effetti, le ragioni dei contrasti dottrinali e giurisprudenziali, registrati nel recente passato, circa l'individuazione del regime giuridico applicabile nei confronti degli atti amministrativi «anticomunitari» ha, in parte, origine dalle conseguenze derivanti dall'accoglimento della tesi dell'integrazione o di quella della separazione tra ordinamento

⁷ Così R. CHIEPPA, *Il regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, l'autore evidenzia che «in passato dottrina e giurisprudenza hanno a volte considerato le due forme di invalidità assoluta della nullità e dell'inesistenza come un fenomeno unitario, utilizzando la generale e onnicomprensiva definizione di "nullità-inesistenza" dell'atto amministrativo. A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 21-septies della legge n. 241/90 alcune delle ipotesi, che parte della dottrina aveva in passato inquadrato nella categoria dell'inesistenza sono state ricomprese dal legislatore nel concetto di nullità del provvedimento amministrativo (difetto assoluto di attribuzione, mancanza degli elementi essenziali dell'atto) e deve quindi ritenersi che la categoria dell'inesistenza sia oggi limitata a quei casi in cui la c.d. "inqualificazione giuridica" dell'atto sia evidente, quali ad esempio quello dell'usurpatore di pubbliche funzioni (art. 347 c.p.) o dell'atto *ioci causa* o *docendi causa*».

europeo e nazionale⁸.

Aderendo alla tesi della separatezza degli ordinamenti⁹, ancorché temperata dal coordinamento, si dovrebbe coerentemente ritenere che le norme europee non si inseriscano nell'ordinamento interno. Tale assunto implica, da un lato, che il contrasto tra le norme europee e quelle interne «non determina l'invalidità di queste ultime, comportandone solo ed esclusivamente la disapplicazione»¹⁰ e, dall'altro comporta che le norme dell'Unione, in quanto estranee all'ordinamento interno, non possano essere assunte né come parametro di legittimità dell'azione amministrativa, né tanto meno come fonte del potere che l'autorità amministrativa ha esercitato con l'emanazione dell'atto.

Più in particolare, aderendo alla tesi, ormai recessiva, della separatezza degli ordinamenti, la condizione di conflitto tra norma europea e norma interna comporta la disapplicazione, o meglio la non applicazione, della disposizione normativa interna e «da lì (con esclusione dei casi in cui quest'ultima si limiti a disciplinare le modalità di esercizio del potere), la configurazione di uno stato di nullità/inesistenza dell'atto amministrativo» e ciò in quanto la norma europea non potrebbe assurgere «né a fonte d'investitura del potere

⁸ Come noto la tesi del «monismo ordinamentale» è stata sostenuta dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Costa* del 15 luglio 1964, causa C-6/64 (ma preannunciata con la sentenza *Van Gend & Loos* del 5 febbraio 1963, causa C26/62) e poi sistematizzata in modo compiuto dalla sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978, causa C-106/77. Di contro, la Corte costituzionale ha avversato tale impostazione, sulla base dell'asserito carattere autonomo ed indipendente dell'ordinamento giuridico nazionale rispetto a quello europeo che, sulla base di quanto statuito nella sentenza 16 dicembre 1965, n. 98 starebbero «in orbite separate». Progressivamente, la Corte costituzionale si è sostanzialmente adeguata alla posizione del giudice europeo, mantenendo però in linea di principio la propria posizione sulla distinzione dei due ordinamenti. Infatti, per il giudice costituzionale i due sistemi sono «reciprocamente autonomi e, al tempo stesso, coordinati» (Corte Cost. sentenza 19 aprile 1985, n. 113). Sul tema, la posizione del Consiglio di Stato mostra, invece, piena accettazione della posizione della Corte di giustizia. Esemplificativa è la decisione del 10 gennaio 2003, n. 35 in cui viene sostenuto che «non può, anzitutto, dubitarsi che la disposizione comunitaria violata si ponga, soprattutto nel caso in cui risulti tradotta in una norma nazionale, come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti (per come definito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee), da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza ed autonomia (per come descritto dalla Corte Costituzionale).

⁹ Tale tesi è stata sostenuta dalla Corte costituzionale a partire dalla nota sentenza *Granital* del 5 giugno 1984, n. 170, nella quale viene statuito che «vi è un punto fermo nella costruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno: i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato [...]. Invero, l'accoglimento di tale principio, come si è costantemente delineato nella giurisprudenza della Corte, presuppone che la fonte comunitaria appartenga ad altro ordinamento, diverso da quello statale. Le norme da essa derivanti vengono, in forza dell'art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne: e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento», in www.cortecostituzionale.it.

¹⁰ Così D. DE CAROLIS, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo. Estratto ad uso degli studenti tratto da F. Caringella, D. Carolis, G. De Marzo (a cura di), Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n.15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2009, p.1031.

amministrativo, né a parametro di legittimità dell'azione dei pubblici poteri»¹¹.

Come evidenziato da attenta dottrina, una rigorosa applicazione della teoria della separatezza degli ordinamenti, «potrebbe neutralizzare, proprio sul piano della regolamentazione dell'azione amministrativa, il principio del primato del diritto comunitario»¹².

L'accoglimento della tesi dell'integrazione dei due ordinamenti, sempre propugnata dalla Corte di giustizia, porta ovviamente a conclusioni opposte «sia per quanto riguarda il regime della norma di diritto interno, da ritenersi invalida e non semplicemente disapplicabile», sia per quanto concerne la possibilità di rinvenire nella stessa norma europea «il parametro di legittimità dell'atto amministrativo e la fonte attributiva del potere di emanarlo»¹³. Al riguardo, è stato infatti osservato che il regime dell'illegittimità dell'atto per «anticomunitarietà», maggiormente aderente alla tesi dell'integrazione è quello dell'annullabilità e ciò sul presupposto che anche le norme europee risultano idonee a fungere da fondamento o da parametro del potere amministrativo.

In ragione della ritenuta integrazione tra i due ordinamenti, il regime dell'annullabilità risulta operativo sia nell'ipotesi in cui sussista un contrasto tra l'atto amministrativo nazionale e una norma europea direttamente applicabile, sia nel caso in cui l'atto amministrativo risulti conforme ad una norma nazionale a sua volta contrastante con un atto normativo dell'Unione europea.

¹¹ Così P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, p. 377.

¹² R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in www.giustamm.it. L'autore evidenzia che la rigorosa applicazione della premessa teorica della separatezza degli ordinamenti «induce a negare alle norme comunitarie direttamente applicabili qualsiasi efficacia diretta sull'operato amministrativo, non potendo le stesse costituire né il presupposto normativo fondante la potestà amministrativa di adozione dell'atto, né il parametro alla cui stregua valutarne l'eventuale illegittimità, o per converso, la legittimità di un provvedimento, nonostante la sua contrarietà rispetto alla norma interna incompatibile con il dettato comunitario e quindi disapplicabile». In tale contesto, occorre segnalare un precedente giurisprudenziale che, seppur non condivisibile per taluni aspetti, si caratterizza proprio per portare alle estreme conseguenze la premessa teorica della separatezza degli ordinamenti. Si tratta della sentenza T.A.R. Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, secondo cui la norma comunitaria confliggente con quella interna, «non entrando a far parte del sistema delle fonti, non è in grado di produrre effetti invalidanti non solo sugli atti normativi con essa contrastanti, ma anche su quelli amministrativi, rispetto ai quali le disposizioni di origine europea, estranee all'ordinamento, non potrebbero mai assurgere a parametro di legittimità». Al riguardo osserva N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 2008, p. 3635 ss., in www.giustizia-amministrativa.it, che le affermazioni contenute nella sentenza n.34/1989 del Tar Piemonte «sembrerebbero essere coerenti alla teoria della separatezza solo se riferite alle norme attributive del potere amministrativo, sul presupposto che nell'ipotesi in cui una norma statale meramente regolativa sia in contrasto con una norma comunitaria, l'atto amministrativo, a seguito della non applicazione della norma anticomunitaria, non risulterebbe "in carenza di potere" e la sua legittimità dovrebbe essere valutata (se mai) alla luce di "altre" norme statali, vista la (presunta) inidoneità delle norme comunitarie a fungere da parametro».

¹³ Così D. DE CAROLIS, *op. ult. cit.*, p. 1032.

2.1. L'ILLEGITTIMITÀ DIRETTA E INDIRETTA

Come sopra accennato, un primo criterio distintivo delle forme di illegittimità degli atti amministrativi per contrasto con il diritto europeo, attiene all'interposizione o meno di una norma interna tra gli atti amministrativi stessi e le disposizioni europee con cui contrastano, nel senso che gli atti amministrativi mutuano «l'anticomunitarietà» dalla norma cui danno applicazione¹⁴.

L'illegittimità dell'atto amministrativo per violazione del vincolo di conformità al diritto dell'Unione europea può, quindi, manifestarsi come:

- i) vizio direttamente imputabile all'atto, nell'ipotesi in cui il contenuto dell'atto risulti essere autonomamente in contrasto con una norma europea. In tale caso, si avrà una «anticomunitarietà diretta» in quanto l'atto amministrativo risulta in contrasto con norme europee direttamente applicabili, senza l'intermediazione del diritto nazionale;
- ii) vizio indirettamente imputabile all'atto, nelle ipotesi in cui il vizio dell'atto sia soltanto mediato, o meglio, nel caso in cui un atto sia stato emanato in conformità di quanto prescritto da una norma statale, che a sua volta risulta in contrasto con il diritto europeo. In tal circostanza, si avrà una illegittimità «comunitaria indiretta». In sintesi, l'atto amministrativo risulterà viziato da «anticomunitarietà indiretta» in quanto sussiste un contrasto con le norme europee non direttamente applicabili¹⁵. La fonte europea costituisce, pertanto, parametro di legittimità per l'attività esplicata in sede di attuazione e l'illegittimità dell'atto amministrativo è soltanto indiretta.

In particolare, l'illegittimità comunitaria «diretta» evoca «inevitabilmente il modello originario del vizio di violazione di legge (per quanto comunitaria)», atteso che è la stessa norma sovranazionale a rappresentare senza alcuna intermediazione il parametro di legittimità dell'atto amministrativo. Proprio in relazione a tale fattispecie, sono state nel tempo formulate diverse teorie volte a verificare se questa particolare violazione di legge rappresenti «una sorta di quarta specie rispetto alla trilogia classica dei vizi dell'atto, se il riconoscimento di una nuova tipologia sostanziale abbia delle ricadute sul regime

¹⁴ Cfr. R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007, p.77 ss.

¹⁵ Cfr. M. CAPORALE, *Il regime dell'atto amministrativo anti-comunitario*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, a cura di G. Gardini, L. Vandelli, Santarcangelo di Romagna, 2013, pp. 220-221.

processuale di giustiziabilità ed infine se da tale regime processuale qualcosa possa desumersi quanto alla tenuta della teoria della separazione tra gli ordinamenti»¹⁶.

Di contro, l'illegittimità comunitaria «indiretta» non porta con sé una violazione, né un vizio autonomo dell'atto, in quanto viene presupposto il rispetto del parametro di legittimità statale, il quale a sua volta ha un contenuto lesivo della norma dell'Unione europea. In tale caso l'illegittimità sarà, per l'appunto, «derivata».

In tale ambito, appare utile evidenziare come la distinzione tra illegittimità comunitaria diretta e indiretta dell'atto amministrativo sia evocativa di un altro peculiare vizio dell'atto amministrativo, quello della incostituzionalità.

Con riguardo all'incostituzionalità dell'atto amministrativo, occorre distinguere l'ipotesi della violazione «diretta» della Costituzione, rispetto alla quale il giudice amministrativo ha la facoltà di sindacare diffusamente l'illegittimità, dall'ipotesi di violazione «indiretta» per la quale è, invece, necessario il giudizio accentrato della Corte costituzionale sulla norma sulla quale l'atto amministrativo si basa.

Per quanto riguarda l'illegittimità dell'atto amministrativo per contrasto con il diritto europeo, il sindacato sull'atto assume, di contro, sempre una natura diffusa, sia nel caso di una violazione diretta, atteso che spetta ai tribunali amministrativi la disapplicazione della norma statale anticomunitaria su cui si fonda l'atto viziato, sia nell'ipotesi di violazione «diretta» del diritto europeo, analogamente a quanto previsto per i casi di violazione diretta della costituzione.

2.2. L'ATTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE IN CONTRASTO CON UNA NORMA EUROPEA DIRETTAMENTE APPLICABILE

Oltre alla sussistenza o meno di una norma interna in funzione intermediatrice, l'altra grande variabile riguarda la natura della norma europea violata dall'atto amministrativo. Nel caso in cui l'atto amministrativo risulti in contrasto con norme europee ad effetto diretto, poiché «l'efficacia diretta nell'ordinamento nazionale delle direttive comunitarie si verifica solo quando siano scaduti i termini dalle stesse fissate per la loro ricezione», anche l'anticomunitarietà dell'atto amministrativo si concretizzerà, per l'appunto, soltanto dal momento in cui «diventa irrilevante, ai fini della diretta applicazione dell'atto comunitario, la mancata adozione, da parte degli Stati membri degli atti di adeguamento alla disciplina

¹⁶ Così N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, op. cit. , p. 3635.

contenuta nelle direttive»¹⁷.

Nell'ipotesi, invece, di contrasto con una norma europea priva di effetto diretto, quale una direttiva non *self-executing* per la quale sia scaduto il termine di trasposizione, ovvero sia stata attuata in maniera erronea, la giurisprudenza e la dottrina ritengono che si verifichi un'invalidità per vizio di eccesso di potere, atteso che gli obiettivi che la direttiva si prefigge pongono delle regole di buona amministrazione.

In tale contesto, va, inoltre, evidenziato che le direttive non direttamente applicabili esplicano sicuramente effetti diretti sull'attività amministrativa nazionale. Infatti, in forza del principio dell'*estoppel*, «lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti d'attuazione imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa. Ne consegue che il giudice nazionale, cui il singolo amministrato che si sia conformato alle disposizioni di una direttiva chieda di disapplicare una norma interna incompatibile con detta direttiva non recepita nell'ordinamento interno dello Stato inadempiente, deve accogliere tale richiesta, se l'obbligo di cui trattasi è incondizionato e sufficientemente preciso. Con queste riserve, uno Stato membro non può applicare a detto amministrato il proprio diritto nazionale - nemmeno se commina sanzioni penali - non ancora adeguato a una direttiva, una volta scaduto il termine fissato per la sua attuazione»¹⁸.

Le direttive non immediatamente applicabili costituiscono per le autorità amministrative un vincolo: sia nel senso di rappresentare un parametro di legittimità per l'attività esplicata in sede di attuazione, sia nel senso che anche prima ovvero in assenza di attuazione, precludono iniziative amministrative con esse contrastanti.

Non va infatti escluso che per la Pubblica Amministrazione le direttive non immediatamente applicabili possano determinare effetti limitativi. Difatti, in base alla costante giurisprudenza della Corte di giustizia, le direttive non direttamente applicabili

¹⁷ Consiglio di Stato, Sez. V, 23 maggio 2001, n.2828, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 5 aprile 1979, causa C-148/78, *procedimento penale a carico di Tullio Ratti*. - (domanda di pronunzia pregiudiziale, proposta dalla pretura di Milano), in <http://www.eur-lex.europa.eu>; Cfr. anche Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 1982, causa C-8/81, *Ursula Becker c. Finanzamt Muenster-Innenstad*, dove viene evidenziato che «lo Stato membro che non abbia adottato, entro il termine, i provvedimenti di attuazione imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa. Perciò, in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere richiamate, in mancanza di provvedimenti di attuazione adottati entro il termine, per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato», in <http://www.eur-lex.europa.eu>; sul punto cfr. Corte di giustizia, sentenza 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *M. H. Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (teaching)*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

impongono quanto meno un'interpretazione conforme¹⁹ del diritto nazionale, in modo da evitare, ove possibile, che se ne diano comunque applicazioni con essa contrastanti²⁰. Inoltre, tali direttive, pur non direttamente applicabili, potrebbero quanto meno porre un «limite o un indirizzo alla discrezionalità amministrativa, tutte le volte in cui questa sussista, per mancanza di specifica normativa nazionale, ovvero per i margini di elasticità che questa presenta.

I principi e gli indirizzi contenuti in dette direttive sono pur sempre destinati ad essere introdotti nell'ordinamento nazionale e costituiscono, comunque, canoni di valutazione e di scelta, che non pare possano essere trascurati all'atto dell'esercizio della potestà discrezionale, a pena di irrazionalità e incongruità della soluzione accolta»²¹. Pertanto, il fatto che le direttive siano inidonee ad integrare la fattispecie normativa dell'atto amministrativo, non esclude che tali atti normativi possano costituire un limite alla discrezionalità delle amministrazioni, restringendone la discrezionalità, con la conseguenza che la relativa inosservanza potrà essere valutata sotto un profilo di legittimità dell'eccesso

¹⁹ L'interpretazione conforme è uno «strumento, o meglio un metodo interpretativo in forza del quale l'operatore giuridico, posto di fronte ad una disposizione apparentemente contrastante con una norma superiore, interpreta la prima in modo da ricavarne un significato che consenta di metterla in sintonia con la seconda». In sostanza, si tratta di «un'interpretazione adeguatrice», utilizzata ogniqualvolta si proceda ad adattare il significato di una disposizione al significato di altre disposizioni di rango superiore. In sintesi, l'interpretazione conforme «si fonda su una particolare tecnica argomentativa (sintattica, semantica, logica, storica, sistematica), che in prima battuta consente di individuare un ventaglio di possibili opzioni interpretative per la norma interna, quindi obbliga l'interprete a scegliere tra esse quella più conforme al diritto europeo», così G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in corso di pubblicazione.

²⁰ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 13 novembre 1990, causa C-152/84, *Marleasing SA c. Comercial Internacional de Alimentacion SA.*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, dove viene evidenziato che «l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo, [...] di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali. Ne consegue che nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato (ora art.288 TFUE)».

²¹ Così G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol. II, *Parte speciale - Letture*, Milano, 2013, p. 139; G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo II, diretto da M. P. CHITI, G. GRECO, Milano, 2007, p. 949 e ss.; sul punto cfr. anche S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo. Dal principio di supremazia ai principi di effettività ed equivalenza*, Torino, 2012, p. 53, l'autore evidenzia che le direttive non *self executing*, «qualora esse dettino principi vincolanti, una loro eventuale violazione da parte delle autorità nazionali (sulle quali incombe l'obbligo di conformarsi ai principi generali e di interpretare il diritto interno in modo ad essi conforme) comporterebbe che il provvedimento conseguentemente adottato sia affetto da illegittimità per eccesso di potere»; Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010, p. 423, dove viene evidenziato che «nella giurisprudenza amministrativa italiana si trova l'affermazione che il mancato rispetto di principi da esse ricavabili costituisce un'ipotesi di eccesso di potere (TAR Veneto, Sez. I, n.890/1988)».

di potere²².

Conclusioni di eguale tenore sono state raggiunte con riguardo al contrasto tra l'atto amministrativo e gli atti europei non vincolanti, quali le raccomandazioni, i pareri e le comunicazioni.

Al riguardo, la dottrina prevalente ritiene che i citati atti, pur non essendo vincolanti, vadano tenuti, nell'esercizio dell'attività amministrativa discrezionale, in debita considerazione da parte della Pubblica Amministrazione e ciò non diversamente da quanto accade per i pareri non vincolanti previsti dall'ordinamento giuridico nazionale. Per i motivi evidenziati, la Pubblica Amministrazione, nel motivare i propri atti, dovrà necessariamente indicare le ragioni che hanno portato a discostarsi da tali atti. In caso contrario, «la loro violazione, pur non potendo configurare una violazione di legge potrebbe rilevare sotto il profilo dell'eccesso di potere»²³.

Ulteriore elemento da esaminare riguarda il rapporto tra atti amministrativi nazionali e le decisioni dell'Unione europea. Al riguardo, va rilevato che «la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi» (art.288, para. 4 TFUE).

Tale tipologia di atto è, al pari del regolamento, obbligatorio in tutti i suoi elementi; dal regolamento si differenzia in quanto il più delle volte essa si rivolge a specifici destinatari ed è dunque priva di quella portata generale ed astratta che è tipica degli atti legislativi²⁴. Le decisioni «corrispondono in sostanza agli atti amministrativi dei sistemi giuridici nazionali, sono atti obbligatori in tutti i loro elementi, e rappresentano lo strumento tipico utilizzato dalle istituzioni comunitarie in relazione all'applicazione del diritto comunitario a fattispecie concrete. Anche le decisioni sono provviste dell'applicabilità diretta o hanno

²² Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, Sentenza 23 settembre 1994, n. 735, in *Giur. it.*, 1995, n.3.

²³ Così R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, op. cit., p. 912; D. DE CAROLIS, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 1042; R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, op. cit., pp. 110-113; G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, op.cit., p. 954.

²⁴ Cfr. P. MORI, *Commento all'art. 288 TFUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2014, pp. 2263-2264, dove viene distinta la «decisione individuale» e la «decisione a portata generale». La prima assolve ad una funzione eminentemente amministrativa o esecutiva in quanto è lo strumento con il quale le istituzioni applicano le disposizioni normative contenute nei Trattati o nel diritto secondario a fattispecie concrete. Essa può avere come destinatari sia persone fisiche che giuridiche. Esistono poi decisioni a portata generale, che «si rivolgono in termini astratti a categorie di persone indeterminate e si applicano a situazioni obiettivamente definite», (Trib., Sez.VII, sentenza 14 giugno 2012, causa T-369/09 *Vereniging Milieudefensie e Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht c. Commissione europea*, in www.curia.europa.eu.) nella prassi istituzionale la decisione generale o senza destinatari è diventata da tempo strumento di elezione ogni qualvolta si tratti di adottare la disciplina di aspetti relativi al funzionamento del sistema dell'Unione europea, alla sua organizzazione e struttura.

effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri ai quali sono rivolte. [...] Ciò comporta il dovere di eseguire le decisioni dell'Esecutivo comunitario da parte delle amministrazioni nazionali, in via diretta e senza necessità di recepimento della decisione nell'ordinamento interno, nonché l'imposizione degli obblighi previsti dalla decisione anche ai privati destinatari delle iniziative comunitarie di sostegno»²⁵.

In tale contesto, va evidenziato che una volta acclarata la diretta efficacia ed obbligatorietà della decisione europea, il regime di invalidità dell'atto amministrativo con essa contrastante va equiparato a quello dell'atto amministrativo in contrasto con un regolamento e in generale con qualsiasi atto normativo dotato di efficacia diretta. Ciò in quanto le «decisioni assistite da connotazione di concretezza, attualità dispositiva ed immediatezza operativa ben possono essere ragguagliate – *quoad effectum* – agli atti comunitari aventi diretta incidenza nell'ordinamento degli Stati membri»²⁶. Al riguardo, la dottrina prevalente ritiene che tali atti siano vincolanti per la Pubblica Amministrazione anche a livello di successiva attività amministrativa: l'atto in contrasto con la decisione deve, pertanto, essere considerata illegittima non diversamente da quanto accade per l'atto amministrativo adottato in violazione di un regolamento dell'Unione europea²⁷.

3. IL REGIME DI INVALIDITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO «ANTICOMUNITARIO»

In relazione alla patologia dell'atto amministrativo per contrasto con il diritto europeo, possono essere individuati quattro diversi orientamenti, validamente sostenuti, che conducono a risposte giuridiche differenti, volte a ravvedere nell'atto amministrativo affetto da anticomunitarietà rispettivamente un'ipotesi di atto inefficace, nullo, ovvero annullabile.

In particolare, sono state prospettate le seguenti tesi:

- i) la tesi della disapplicabilità;
- ii) la tesi della nullità;
- iii) la tesi dell'annullabilità;
- iv) la tesi intermedia tra l'annullabilità e la nullità.

²⁵ Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 maggio 2002, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ TAR Lazio, Roma, Sez. I-bis, 21 giugno 2005, n. 5138, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁷ Cfr. R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, op. cit., p. 913.

3.1. LA TEORIA DELLA DISAPPLICAZIONE IN OGNI TEMPO

La tesi della disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto europeo, ritiene che l'atto amministrativo viziato per «anticomunitarietà» vada disapplicato, anche oltre il termine di decadenza, sia dal giudice ordinario che dal giudice amministrativo²⁸.

Tale tesi muove dal presupposto che la prevalenza della normativa europea su quella nazionale non potrebbe logicamente giustificare la permanenza nell'ordinamento giuridico nazionale di un atto amministrativo che si pone in contrasto con le norme europee. La teoria in commento tende a riconoscere all'atto amministrativo un regime sostanziale e processuale costituito sulla falsa-riga della disapplicazione degli atti normativi nazionali contrastanti con il diritto europeo. Gli argomenti a sostegno possono essere sostanzialmente ricondotti alla necessità dell'equiparazione tra atti normativi ed amministrativi, di cui sia stata riscontrata la contrarietà con il diritto europeo.

²⁸ Come noto, l'art.5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (Legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E) riconosce al solo giudice ordinario il potere di disapplicare in via incidentale gli atti amministrativi non conformi a prescrizioni legislative. In sintesi, la classica visione alternativa del rapporto tra disapplicazione ed annullamento implica che il giudice amministrativo possa annullare, ma non disapplicare, di contro il giudice ordinario può disapplicare ma non annullare. La giurisprudenza amministrativa a temperamento di questa situazione, ha comunque ammesso la disapplicabilità in due distinti casi. Da un lato, viene riconosciuto che gli atti amministrativi possano essere disapplicati nella giurisdizione esclusiva, in controversie vertenti su diritti soggettivi. Dall'altro, viene sostenuta la facoltà, in ossequio al principio di gerarchia delle fonti, di disapplicare gli atti normativi secondari quando questi (anche se non ritualmente impugnati ed a prescindere dal tipo di situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio), risultano contrastanti con disposizioni di rango superiore. «Il contrasto tra norma legislativa e regolamentare si risolve sulla base del principio di sovraordinazione di una fonte ad un'altra. Deve ritenersi, quindi, inapplicabile la disposizione regolamentare ove contrastante con specifica norma di legge, pur in difetto di specifica doglianza di parte, essendo consentito al giudice sindacare gli atti di normazione secondaria al fine di accertarne l'idoneità ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa», cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, in F. CARINGELLA, L. CAMERIERO, L. TARANTINO, *Le sentenze storiche del diritto amministrativo*, Roma, 2009, p. 13.

Solo nell'ambito della giurisdizione esclusiva è pertanto possibile distinguere tra una disapplicazione normativa ed una disapplicazione provvedimentoale, di cui la prima attiene ad atti regolamentari e la seconda a provvedimenti amministrativi. Al di fuori di tale ipotesi «infatti, il divieto al G.A. di disapplicazione dell'atto amministrativo non normativo lesivo di interessi legittimi [...] null'altro esprime che la preclusione a sindacare la funzione amministrativa sotto il profilo della violazione di legge o dell'eccesso di potere in via meramente incidentale, senza cioè efficacia di giudicato. Preclusione che, pur non rispondendo a principi trascendenti ed immutabili della logica ma, piuttosto, ad esigenze di certezza del diritto (particolarmente pressanti in materie sottoposte all'interesse generale), nondimeno emerge limpidamente dal sistema di giustizia amministrativa», così TAR Puglia, Bari, Sez. II, 13 gennaio 2005, n. 56, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso conforme si è espresso anche il Consiglio di Stato che osservando che «al giudice amministrativo debba ritenersi inibito di conoscere *incidenter tantum* della illegittimità dell'azione amministrativa e ciò indipendentemente dallo strumento con cui dovrebbe procedere a tale accertamento. Infatti, il divieto al G.A. di disapplicazione dell'atto amministrativo non normativo lesivo di interessi legittimi null'altro esprime che la preclusione a sindacare la funzione amministrativa sotto il profilo della violazione di legge o dell'eccesso di potere in via meramente incidentale, senza cioè efficacia di giudicato», così Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 giugno 2006, n. 3717, in www.giustizia-amministrativa.it.

In particolare, ciò che tale posizione argomentativa vuole evitare è che gli atti amministrativi abbiano una forza di resistenza superiore rispetto agli atti normativi per i quali, come noto, vige il regime della disapplicabilità, se contrastanti con la disciplina europea, nonché l'effettività della tutela dei singoli e la reale parità di trattamento, rilevandosi irragionevole un criterio che faccia dipendere la tutela di una posizione esclusivamente dalla natura giuridica dell'atto interno contrastante con la norma europea.

Come evidenziato da autorevole dottrina, «non accettando il regime di generale disapplicabilità per tali atti amministrativi si giungerebbe al paradosso di una loro particolare capacità di resistenza agli effetti comunitari, nel mentre gli atti normativi sarebbero cedevoli (nel senso della disapplicabilità) in ogni caso in cui si prospetti una loro anticomunitarietà. Con l'effetto di determinare una inversione del valore giuridico degli atti giuridici nazionali, non giustificata da nessun convincente argomento generale»²⁹.

Al riguardo, va evidenziato che la teoria della disapplicazione si fonda su un'asserita simmetria o analogia con le vicende della legge italiana incompatibile con le norme europee direttamente applicabili, ma in realtà trascura le profonde differenze che contraddistinguono gli atti normativi e amministrativi; in particolare, soltanto per i primi e non per i secondi, la disapplicazione è una forma ordinaria di risoluzione delle antinomie delle fonti.

Essa, inoltre, trascura di considerare che il giudice europeo non avrebbe alcun altro mezzo per neutralizzare l'efficacia della legge nazionale in contrasto con la normativa europea, di contro il giudice amministrativo è titolare rispetto al provvedimento viziato da anticomunitarietà del un ben più radicale potere di annullamento.

Pertanto, sostenere l'ammissibilità della disapplicazione dell'atto amministrativo definitivo consentirebbe l'elusione del termine decadenziale imposto dalle norme processuali interne, attraverso una sorta di implicita disapplicazione della regola che ne prevede il tassativo rispetto³⁰.

²⁹ Così M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, pp. 497-499, l'autore evidenzia, inoltre, che la tesi contraria alla disapplicazione degli atti nazionali in contrasto con il diritto europeo «non convince neanche quando sostiene che la disapplicabilità comprometterebbe l'autorevolezza del provvedimento e l'attitudine degradatoria dei diritti soggettivi, nonché i criteri generali di riparto delle giurisdizioni. Se tali effetti, rapportati ai caratteri degli atti normativi, sono ormai pacificamente accolti per le leggi malgrado lo stravolgimento che ciò comporta per il sistema costituzionale delle fonti ed il relativo processo costituzionale, per coerenza deve riconoscersi che lo stesso regime non può non valere anche per gli atti amministrativi. A meno di non ipotizzare una improbabile riserva di amministrazione rispetto all'influenza comunitaria, di cui mancano completamente i presupposti giuridico-istituzionali».

³⁰ Cfr. S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo. Dal principio di supremazia ai principi di effettività ed equivalenza*, Torino, 2012, pp. 25-26.

La tesi della disapplicabilità, nel recente passato, è parsa trovare fondamento in una non del tutto perspicua giurisprudenza della Corte di giustizia e in alcune pronunce del giudice amministrativo di primo grado³¹.

3.1.1. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Con riguardo alla giurisprudenza europea va evidenziato che, nel recente passato, sono intervenute sentenze che, trattando dell'invalidità degli atti amministrativi per anticomunitarietà, sembravano aprire alla tesi della disapplicazione provvedimentale ed a nuovi poteri del giudice, con effetti di grande portata per gli ordinamenti nazionali, di cui veniva sostanzialmente vanificata l'autonomia procedurale e l'autonomia processuale. Emblematiche al riguardo risultano essere le sentenze rese dalla Corte di giustizia nei noti casi *Peterbroeck*³² e *Ciola*³³.

³¹ Il giudice amministrativo italiano, in sintonia con la posizione espressa dalla Corte di giustizia circa il monismo ordinamentale, ha, nel recente passato, sostenuto il potere-dovere da parte del giudice interno di disapplicare gli atti amministrativi viziati da anticomunitarietà. Al riguardo, cfr. TAR Lombardia, Sez. III, ordinanza 8 agosto 2000, n. 234, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 5, p.1166, in cui il giudice amministrativo ritiene di dover «garantire una tutela effettiva dei diritti e degli interessi dei ricorrenti nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi sia nel settore dell'applicazione diretta del diritto comunitario sia in quello dell'ordinamento nazionale, non applicando le clausole dei relativi bandi di gara, ove ritenute indebitamente restrittive del criterio di massima partecipazione alle gare pubbliche, che costituisce diretto corollario dei principi comunitari di concorrenza, di libera prestazione dei servizi e di non discriminazione, nonché dei principi costituzionali nazionali di libertà d'iniziativa economica, d'imparzialità e di buon andamento dell'Amministrazione, mediante la selezione della migliore offerta sul piano qualitativo al prezzo più conveniente per l'amministrazione stessa». Inoltre, «a parere del Collegio non sembra possa dubitarsi della possibilità di estendere il richiamato strumento della disapplicazione degli atti amministrativi e dei regolamenti non conformi a legge nazionale anche alla diversa ipotesi in cui questi ultimi siano in contrasto con l'ordinamento comunitario». Cfr. TAR Veneto, Sez.I, ordinanza 10 giugno 1992, n.432, in *Giur. it.*, 5, 1992, secondo il quale «gli atti amministrativi generali in contrasto con il diritto comunitario non devono esser immediatamente impugnati dagli interessati anche se siano astrattamente direttamente lesivi di posizioni giuridiche soggettive, in quanto, potendo l'organo amministrativo competente alla sua esecuzione disapplicarlo, la concreta lesione della posizione giuridica dedotta in causa si produce unicamente per effetto del provvedimento applicativo».

³² Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Stato belga*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, la corte afferma sul piano processuale che il «diritto comunitario osta tuttavia all'applicazione di una norma processuale nazionale che vieta al giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine, nell'ambito di un procedimento in cui, come nel caso di specie, il giudice nazionale adito della causa principale è il primo giudice che possa sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte, in cui il termine in argomento era già scaduto alla data dell'udienza privando così il detto giudice della possibilità di procedere d'ufficio alla valutazione di tale compatibilità, in cui non risulta che un altro giudice nazionale possa, nell'ambito di un ulteriore procedimento, esaminare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento nazionale con il diritto comunitario e in cui l'impossibilità di esaminare d'ufficio motivi fondati sul diritto comunitario non può essere ragionevolmente giustificata in base a principi quali quello della certezza del diritto e dello svolgimento regolare del procedimento».

³³ Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Erich Ciola c. Land Vorarlberg*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, secondo cui «poiché le norme del Trattato sono direttamente efficaci

Con la prima sentenza, la Corte europea è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione pregiudiziale se il giudice nazionale fosse tenuto a disapplicare una norma processuale interna che subordinava la presentazione di un nuovo motivo di ricorso, fondato su una violazione del diritto europeo, alla formulazione di una domanda espressa da parte del ricorrente entro il breve termine di decadenza di sessanta giorni. Al riguardo, la Corte affermò che, al ricorrere di determinate condizioni, non particolarmente rare, il giudice nazionale poteva valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento amministrativo interno rispetto ad una disposizione europea, quando questa non era stata invocata dal singolo entro un determinato termine.

La corte di giustizia arriva, pertanto, ad affermare non irricevibile il ricorso per tardività.

Tuttavia, la Corte evidenzia che «ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento»³⁴.

Il giudice europeo non si è, quindi, limitato ad affermare, *sic et simpliciter*, la rilevanza d'ufficio di questioni di diritto europeo, ma ha provveduto ad ancorare tale potere alla concreta sussistenza di specifici elementi, funzionalmente connessi alle peculiarità del procedimento. La Corte di giustizia, infatti, prima di giungere alla conclusione per cui il termine di decadenza previsto di 60 giorni fosse troppo breve, ha sottoposto l'ordinamento nazionale a quello che può essere definito un «test di effettività». Applicando il citato «test», secondo la Corte andava disapplicata la norma processuale

nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro e il diritto comunitario prevale sul diritto nazionale, queste disposizioni attribuiscono agli interessati dei diritti che le autorità nazionali devono rispettare, e ogni disposizione contraria di diritto interno diviene inapplicabile nei loro confronti». Premesso ciò la Corte chiarisce che nelle disposizioni di diritto interno violative della normativa europea si «possono figurare disposizioni vuoi legislative, vuoi amministrative» e non è da escludere che le disposizioni amministrative di diritto interno «non includano unicamente norme generali ed astratte, ma anche provvedimenti amministrativi individuali e concreti». La Corte, pertanto, conclude affermando che la tutela giurisdizionale di cui possono godere i singoli in forza delle disposizioni europee ad efficacia diretta e che deve essere garantita dai giudici nazionali, «non può dipendere dalla natura della disposizione di diritto interno contrastante con il diritto comunitario».

³⁴ Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c. Stato belga*, punto 14, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

nazionale che vietava al giudice interno di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione di matrice europea e ciò anche quando questa non fosse stata invocata dal singolo entro il prescritto termine.

In sintesi, la Corte con tale sentenza ha attribuito al giudice interno la facoltà di individuare discrezionalmente la sussistenza o meno dei presupposti per la valutazione d'ufficio della compatibilità di un provvedimento nazionale con il diritto dell'Unione. «Sarà il giudice interno, in altri termini, che dovrà di volta in volta rilevare le peculiarità del procedimento, nonché le condizioni analoghe a quelle del giudizio di cui trattasi»³⁵.

La pronuncia in argomento, nell'assolutezza delle sue statuizioni, è sembrata andare «oltre il segno» con affermazioni di principio che, così come evidenziato da parte della dottrina, meritano di essere ridimensionate³⁶.

Infatti, la sentenza *Peterbroeck* non ha riconosciuto un generale potere di disapplicazione dell'atto amministrativo anticomunitario, ma piuttosto è pervenuta al risultato sostanziale della disapplicazione dell'atto anticomunitario, che non sia stato oggetto di tempestiva impugnazione, attraverso la disapplicazione delle norme interne sul termine per ricorrere.

Ma il riconoscimento di un simile potere non è tardato ad arrivare.

Nella sentenza *Ciola*, la Corte partendo dal dato ormai ampiamente scontato della disapplicabilità delle leggi nazionali contrastanti con il diritto dell'Unione, ha ritenuto che la disapplicazione del diritto interno con il diritto dell'Unione non riguarda solo le norme generali ed astratte, ma anche i provvedimenti amministrativi individuali e concreti³⁷.

In particolare, la Corte, interpellata in via pregiudiziale, è intervenuta per stabilire se il principio di supremazia imponesse la disapplicazione delle disposizioni di diritto intero incompatibili con il paradigma europeo nel caso in cui tali disposizioni fossero contenute in un provvedimento amministrativo individuale e concreto. In tale occasione, il giudice europeo ha statuito che tra le disposizioni di diritto interno, suscettibili di disapplicazione, potevano figurare disposizioni «vuoi legislative, vuoi amministrative». E concludeva nel senso che un «divieto emanato anteriormente all'adesione all'Unione europea non

³⁵ G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'unione europea, l'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*, Catania, 2010, p. 56.

³⁶ Cfr. S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo*, op. cit., p. 65; E.M. BARBIERI, *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 3-4, pp. 694-695, L'autore in senso critico afferma che «quale che possa essere il rilievo processuale che si voglia dare a tale questione, non credo che in essa vi sia nulla di specifico che possa giustificare la scelta di merito fatta dalla Corte».

³⁷ Cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, p. 507.

attraverso una norma generale ed astratta, bensì attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, va disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto dopo la data dell'adesione stessa».

Questa pronuncia ha suscitato un vivace dibattito dottrinale. Al riguardo, si registrano due diversi orientamenti: l'uno, che ha attribuito una portata limitata alla portata della sentenza³⁸; l'altro, di contro, incline a ritenere che il principio di diritto affermato nella pronuncia abbia una portata generale³⁹.

³⁸ Di tale avviso è G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, op. cit., l'autore evidenzia che «quel che non si poteva condividere era l'assolutezza dell'enunciazione di principio, nonché l'iter logico - per la verità alquanto elementare e gravemente incompleto - da cui è scaturito. Non si tratta, infatti di accordare al provvedimento amministrativo una resistenza superiore a quella della legge e di ogni altro atto normativo. Si tratta, viceversa, di aver consapevolezza delle diverse connotazioni sostanziali dei due istituti e delle diverse forme di tutela giurisdizionale, che ne derivano, sia a livello nazionale, sia a livello comunitario».

Cfr. anche C. LEONE, *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 5, p. 1194, dove viene evidenziato che al punto 25 della sentenza vi è «un'indicazione fondamentale: “la controversia non riguarda la sorte dell'atto amministrativo in sé, ma il problema di stabilire se tale atto deve essere disapplicato nell'ambito della valutazione della legittimità di una sanzione irrogata”. Il principio, che sembrava essere stato affermato in modo incondizionato in materia di disapplicazione di atti amministrativi contrastanti con l'ordinamento comunitario potrebbe, alla luce di questa affermazione della Corte essere limitato al caso in cui alla violazione del provvedimento conseguano delle sanzioni. La controversia, infatti, non riguardava la sorte dell'atto amministrativo con cui si imponeva un contingentamento dei posti barca, violando così la libera prestazione dei servizi, ma il problema di stabilire se questo atto doveva essere disapplicato nell'ambito della valutazione della legittimità di una sanzione irrogata per l'inosservanza dell'obbligo che ne discendeva. [...] Questo schema non è dissimile da quello già utilizzato all'interno del nostro ordinamento che permette, al giudice penale, la disapplicazione dell'atto amministrativo (giudicato illegittimo) non considerato in sé, ma nell'ambito dell'applicazione di una sanzione penale. È il caso dell'art. 650 del codice penale che prevede l'applicazione della sanzione solo se il comportamento dell'imputato integri l'inosservanza di un comportamento legalmente dato dall'Autorità». In senso analogo si è espresso E.M. BARBIERI, *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p.153; G. COCCO, *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi. Coordinate teoriche ed applicazioni pratiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, pp. 459-460; N. PIGNATELLI, *L'illegittimità “comunitaria” dell'atto amministrativo*, op. cit., il quale rileva che nel caso *Ciola* «la configurabilità del potere di disapplicazione, al di là del processo impugnatorio, sia ammessa (non certamente come rimedio “generale” ma) per le conseguenze ulteriori (penali) che la violazione dell'atto amministrativo stesso può produrre; la disapplicazione dell'atto amministrativo anticomunitario è infatti limitata all'ipotesi in cui questo rappresenti il presupposto di una sanzione penale, analogamente a quanto può accadere nel nostro ordinamento quando il giudice penale si accorga che la sanzione penale ex art. 650 c.p.» si fonda su un provvedimento o un ordine illegittimo; G. DELLA CANANEA a cura di, *Diritto amministrativo europeo, principi e istituti*, Milano, 2011, p. 207, l'autore evidenzia che nella sentenza *Ciola*, la Corte di giustizia sembra aver suggerito una soluzione al problema della puntuale attuazione del diritto europeo: «consentire ai giudici e alle amministrazioni nazionali di disapplicare i provvedimenti contrari al diritto comunitario». In sintesi, l'estensione agli atti amministrativi dello stesso principio – la disapplicazione appunto – impiegato per gli atti legislativi nazionali. «Questa soluzione, tuttavia, se venisse imposta dalla Corte, avrebbe l'effetto di indebolire, da un lato, l'autonomia di cui gli Stati membri godono nella sfera amministrativa; dall'altro, la certezza del diritto (ed il connesso affidamento dei cittadini), giacché l'atto contrastante con il diritto europeo risulterebbe sempre disapplicabile. La tesi della disapplicabilità è stata comunque respinta dal Consiglio di Stato (V sezione, sentenza del 10 gennaio 2003, n.35) e dalla stessa Corte di giustizia (sentenze *Santex* del 2003, causa C-327/00), *Kühne* del 2004, causa C-453/00, *Kemper* del 2008, causa C-2/06). La regola resta la mera annullabilità dell'atto amministrativo nazionale contrario al diritto comunitario».

³⁹ Cfr. M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il*

In tale contesto, va tuttavia evidenziato che le citate sentenze riguardavano casi particolari e, in ogni caso, avrebbero dovuto essere confermate da successiva giurisprudenza prima di essere considerate fonte di nuovi principi di carattere generale.

In effetti, come evidenziato da autorevole dottrina, nel prosieguo il giudice europeo è risultato molto più cauto nel rispondere ad analoghe questioni pregiudiziali. In varie occasioni la Corte ha, anzi, «espresso la centralità di principi “stabilizzanti”, come il principio di certezza del diritto e il principio di cosa giudicata; anche quando ciò poteva comportare effetti negativi per il diritto comunitario»⁴⁰. Infatti, la Corte di giustizia nella successiva sentenza *Santex*⁴¹ ha modificato il proprio orientamento. La citata sentenza trae origine da un rinvio pregiudiziale con il quale il TAR Lombardia⁴², ha chiesto al giudice

relativo regime processuale, in *Dir. amm.*, 2003, 4, p. 690. Lo stesso autore però in *Diritto amministrativo europeo*, op. cit., pp. 506-507, evidenzia che «tuttavia, avevano ragione coloro che avvertivano che le citate sentenze (*Ciola* e *Peterbroeck*) riguardavano casi particolari, oppure dovevano essere confermate da successiva giurisprudenza prima di essere considerate fonte di nuovi principi di carattere generale».

⁴⁰ Così M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo europeo*, op. cit., pp. 507-508, l'autore evidenzia, inoltre, che «le esigenze dell'integrazione europea hanno ovvia centralità per le istituzioni, ma – come è stato scritto nelle conclusioni dell'Avvocato generale nel caso *Arcor* (cause riunite C-392/04 e C-422/04) – “il diritto aborre il disordine e per questo si è dotato di strumenti per lottare contro la sua principale causa: l'instabilità”».

⁴¹ Corte di Giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁴² TAR Lombardia, Sez. III, ordinanza 8 agosto 2000, n. 234, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 5, p.1166. Con tale ordinanza il tribunale amministrativo ha chiesto alla Corte di giustizia «se le norme del Trattato devono essere interpretate nel senso che le autorità nazionali devono tutelare i cittadini comunitari lesi da atti adottati in violazione del diritto comunitario anche procedendo alla disapplicazione d'ufficio delle clausole del bando di gara contrastanti con il diritto comunitario ma non impugnate entro i termini di decadenza previsti dal diritto processuale nazionale». Al centro dell'attenzione del Tribunale vi è, in particolare, una clausola contenuta in un bando di gara ritenuta indebitamente restrittiva della partecipazione alla gara stessa e in palese contrasto con il diritto europeo per violazione del principio di proporzionalità e di non discriminazione tra imprese partecipanti. E pertanto potrebbe giustificare una deroga al normale regime nazionale di impugnazione, imposto dal diritto processuale nazionale, in ragione di una corretta applicazione del diritto comunitario. Il T.A.R. sostiene, infatti, che il sistema processuale nazionale non vieta di disapplicare le clausole dei bandi che contengono disposizioni restrittive della possibilità di partecipazione alla gara, poiché lo strumento della disapplicazione è stato ormai utilizzato anche nel processo amministrativo con riguardo ai regolamenti e pertanto può essere esteso anche agli atti non conformi a legge nazionale e ancor di più al caso in cui gli atti nazionali siano in contrasto con l'ordinamento comunitario. Tuttavia la Sezione è cosciente che questo suo orientamento non è stato condiviso dal Consiglio di Stato, che, seguendo un insegnamento «consolidatissimo», ritiene che le clausole dei bandi di gara, che impediscono la partecipazione alla gara stessa, devono essere tempestivamente impugnate nel termine di sessanta giorni, superato il quale non è possibile più alcuna disapplicazione dei bandi. Non potendo ignorare questo orientamento il T.A.R. Lombardia è costretto a rimettere la questione alla Corte di giustizia.

Cfr. nota a sentenza di C. LEONE, *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 5, p.1174, ss., dove viene evidenziato che il tribunale amministrativo ritiene di poter chiedere l'intervento della Corte di giustizia sulla base dei seguenti presupposti: a) l'applicazione dell'art. 5 della legge n. 2248 del 1865 non viola il principio della tassatività dei termini di impugnazione dei provvedimenti nel nostro processo amministrativo e quindi deve essere utilizzato, per decidere di una controversia in conformità con l'ordinamento europeo; b) la disapplicazione viene già utilizzata nel processo amministrativo con riguardo ai regolamenti e, pertanto, può essere applicata *ex officio* anche ai bandi di gara. In base a tali presupposti il Tribunale amministrativo rimette alla Corte di giustizia una non semplice questione: «è possibile disapplicare un atto amministrativo generale quale è il bando di gara e pertanto diverso da un regolamento (atto di normazione secondaria), qualora questo si ponga in contrasto con il diritto

europeo di esprimersi sulla configurabilità in capo al giudice nazionale del potere di disapplicazione di un atto amministrativo contrastante con il diritto europeo, non impugnato entro i termini di decadenza previsti dal diritto processuale nazionale.

La Corte di giustizia ha stabilito che la fissazione di termini di ricorso a pena di decadenza costituisce l'estrinsecazione del principio della certezza del diritto e, in linea di principio, non si pone in contrasto con il diritto europeo. In particolare, «il termine di decadenza di 60 giorni applicabile in materia di appalti pubblici in forza dell'art. 36, n. 1, del regio decreto n. 1054/1924, come interpretato dal Consiglio di Stato, risulta ragionevole sotto il profilo sia dell'obiettivo della direttiva 89/665 sia del principio della certezza del diritto»⁴³, nondimeno la Corte evidenzia che qualora si fosse accertato che l'amministrazione nazionale con il suo comportamento avesse indotto in errore il ricorrente, così da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico europeo, i giudici nazionali avrebbero avuto l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità dell'atto amministrativo interno con il diritto europeo «ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità».⁴⁴

Pertanto, nel caso in cui l'esercizio del diritto di tutela giurisdizionale sia stato reso in concreto impossibile, ovvero difficilmente esercitabile, il giudice amministrativo sarà

comunitario?».

⁴³ Corte di Giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, punto 54, in <http://www.eur-lex.europa.eu>. La Corte riprende le conclusioni di un'altra decisione resa nel caso *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft* del 12 dicembre 2002, causa C-470/99, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, dove al punto 71 viene statuito che la direttiva 89/665 «pur avendo per oggetto di garantire l'esistenza, in tutti gli Stati membri, di mezzi di ricorso efficaci in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto, al fine di garantire l'applicazione effettiva delle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, non comporta tuttavia alcuna disposizione specificamente attinente alle modalità relative al termine concernente i ricorsi che la stessa mira ad istituire. Spetta quindi all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine». Una conferma ulteriore della giurisprudenza europea, rispettosa dell'autonomia processuale statale e delle regole interne di giustiziabilità è data dalla sentenza della Corte di giustizia del 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, secondo cui in base al europeo non si devono «disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del Trattato».

⁴⁴ Corte di Giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, punto 66, in <http://www.eur-lex.europa.eu>; Cfr. R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011, pp.194-200.

tenuto a disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano le impugnazioni.

In sintesi, la Corte di giustizia, ribadendo le conclusioni già raggiunte nella sentenza resa nel caso *Universale Bau* del 12 dicembre 2002, causa C-470/99, ha affermato che spetta all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine del ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto europeo, purché vengano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

In base al primo principio si richiede che le regole di risoluzione delle controversie implicanti l'applicazione del diritto dell'Unione assicurino lo stesso livello di garanzie offerto dalle regole di risoluzione implicanti l'applicazione del diritto interno; il principio di effettività esige, invece, che l'esercizio dei diritti riconosciuti dal diritto europeo non sia compromesso o reso eccessivamente oneroso dall'applicazione del diritto interno⁴⁵. Tuttavia, prosegue la sentenza, «ai fini dell'applicazione del principio d'effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo. Pertanto, se un termine di decadenza come quello della causa principale non è, di per sé, contrario al principio di effettività, non si può escludere che, nelle particolari circostanze della causa sottoposta al giudice *a quo*, l'applicazione di tale termine possa comportare una violazione del detto principio».

L'intero regime (anche processuale) dell'atto amministrativo viene, quindi, ricondotto nei consueti binari, poiché il dovere di disapplicazione, nell'eccezionale ipotesi prima evidenziata, non riguarda il singolo atto, ma la disciplina della decadenza⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. S. CIVATARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, n.1/2013, dove viene evidenziato che i principi di equivalenza ed effettività costituiscono due limiti del principio di autonomia processuale. Tale ultimo principio coesiste con il principio del primato del diritto dell'Unione: «il diritto comunitario stabilisce cosa fare, mentre il diritto interno prevede come». Tuttavia, si tratta di una convivenza tutt'altro che pacifica, infatti «in molti casi è necessario conciliare il principio di legalità, inteso nella prospettiva europea, con quello di autonomia processuale, assumendo che una norma dell'ordinamento processuale interno possa, di fatto, ostacolare una norma comunitaria».

⁴⁶ Cfr. N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, *op. cit.*, in cui l'autore evidenzia che «il potere di disapplicazione diviene l'ultimo "baluardo" per il diritto comunitario, lo strumento processuale di salvaguardia del diritto comunitario dinanzi a talune disfunzioni statali; una sorta di "contro limite" all'inverso, a presidio dell'ordinamento comunitario in una zona di primazia del diritto statale». Tuttavia deve precisarsi che nella sentenza *Santex* «ad essere disapplicate sono le norme processuali sulla decadenza, ossia la disciplina nazionale che secondo il modello della annullabilità esclude la disapplicazione dell'atto amministrativo; in altre parole l'ultimo baluardo del diritto comunitario, il suo rimedio estremo nei casi di illegittimità comunitaria, dinanzi all'autonomia delle giurisdizioni statali, è rappresentato pur sempre dalla "non applicazione" di norme». In definitiva, si tratta di una disapplicazione

Lungo questa direttrice si giunge alla sentenza *Kühne & Heitz*, che «individua il punto d'equilibrio ad oggi insuperato tra esigenza di garantire»⁴⁷ l'effetto utile del diritto dell'Unione europea, autonomia processuale degli Stati e certezza del diritto. La citata pronuncia esclude, in via di principio, che il giudice nazionale sia tenuto a disapplicare l'atto amministrativo antieuropeo, inoltre esclude che un organo amministrativo sia obbligato a ritirare un provvedimento amministrativo contrastante con il diritto europeo che abbia acquistato carattere di definitività⁴⁸.

In effetti, alla luce dei principi enunciati dalla Corte di giustizia, l'unico caso in cui i giudici nazionali hanno l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto fondati sul contrasto con il diritto europeo di un atto amministrativo definitivo ricorre qualora sussistano i presupposti per il riconoscimento della scusabilità dell'errore ai sensi dell'art. 37 c.p.a., norma che consente al giudice amministrativo di disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile conseguente a oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto e gravi impedimenti di fatto.

Dall'analisi delle pronunce del giudice europeo emerge che il richiamo al principio di supremazia, quale elemento legittimante la disapplicazione degli atti amministrativi in contrasto con il diritto europeo, «finisca con l'alterare la funzione tipica assegnata all'istituto della disapplicazione». La disapplicazione è stata concepita per rendere concretamente operante la primazia del diritto europeo al livello di rapporto tra fonti: essa altro non è se non «una forma ordinaria di risoluzione delle antinomie tra fonti»⁴⁹. Inoltre, la disapplicazione dell'atto amministrativo non risulta imposta da «necessità comunitarie», così come codificate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, come noto, opera sulla base dei canoni dell'equivalenza e dell'effettività⁵⁰.

«normativa» e non «amministrativa».

⁴⁷ Così G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 7.

⁴⁸ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, in particolare punto 24, dove viene affermato che «il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo».

⁴⁹ Corte di Giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. spa Simmenthal*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».

⁵⁰ Cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, op. cit., p. 135; Cfr. anche G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa*

3.1.2. L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA ITALIANA

L'attuale sistemazione della materia, che ha trovato conferma nella giurisprudenza amministrativa⁵¹, considera inammissibile la disapplicazione dell'atto amministrativo anticomunitario e ciò nella chiara consapevolezza che il regime di tutela accordata dall'ordinamento giuridico italiano risponde ai principi di equivalenza, effettività e certezza del diritto, così come elaborati dalla Corte di giustizia. Inoltre, la disapplicazione di provvedimenti amministrativi non ritualmente impugnati, privi di natura normativa, finirebbe per sovvertire le regole del giudizio impugnatorio e per snaturarne i caratteri essenziali e, in definitiva, per consentire l'elusione del termine di decadenza stabilito al fine di ottenere dal giudice amministrativo l'eliminazione degli atti lesivi di interessi legittimi⁵².

Attualmente, la giurisprudenza riconduce l'invalidità comunitaria dell'atto amministrativo nell'ambito della categoria dell'annullabilità; ciò implica la definitiva affermazione dell'inderogabilità del termine decadenziale anche nei casi di violazione del diritto dell'Unione europea⁵³.

In tale ambito, occorre segnalare una pronuncia del giudice amministrativo nazionale che, in una specifica ipotesi, ha proceduto alla disapplicazione di un atto amministrativo,

della c.d. pregiudizialità amministrativa), in *Riv. it. dir. pub. com.* – 2006, pp.518-520, in particolare, l'autore evidenzia che «la disapplicazione dell'atto amministrativo non risulta imposta da “necessità comunitarie”, così come codificate dalla giurisprudenza della medesima Corte di giustizia, e risulta anzi contraddetta da espressa disciplina imposta dalle stesse fonti comunitarie». Al riguardo, «basta considerare il regime dell'atto amministrativo comunitario (e, cioè, la decisione), la cui impugnazione è sottoposta a precisi termini di decadenza, analoghi ai nostri. Ebbene, la Corte di giustizia è ferma nel giudicare che la definitività dell'atto (diremmo noi, la inoppugnabilità) preclude in radice che possa essere rimessa in discussione la relativa validità, da parte di chi (lo Stato membro, in caso di ricorso per constatazione di inadempimento, il singolo cittadino attraverso l'eccezione di illegittimità) fosse legittimato alla impugnazione diretta dell'atto medesimo: l'esigenza che la normativa comunitaria sia applicata immediatamente e direttamente è, dunque, soddisfatta esclusivamente dalla possibilità di impugnazione diretta della decisione, che non può essere posta altrimenti in discussione, per ovvie necessità di certezza del diritto».

⁵¹ La giurisprudenza amministrativa esclude la possibilità di ricorrere all'istituto della disapplicazione degli atti invalidi nel processo amministrativo, a meno che non si tratti di controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva, ovvero a fronte di atti regolamentari.

⁵² Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵³ Cfr. S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo*, op. cit., p. 74, al riguardo l'autore evidenzia che la scelta di ricondurre l'invalidità comunitaria dell'atto amministrativo nell'ambito dell'annullabilità segna sicuramente «una rivitalizzazione del principio di autonomia procedurale degli Stati e dunque di certezza del diritto, ma al contempo determina la definitiva compromissione del canone dell'effetto utile inteso come corollario del principio di supremazia, conseguenza questa che appare inconciliabile con la scelta compiuta dal nostro ordinamento di partecipare all'Unione europea in una logica di leale collaborazione. Tale impasse ha condotto ad una rideterminazione del concetto di effetto utile che, oltre ad essere svincolata da una rigida affermazione del principio di supremazia, presuppone la compatibilità del diritto processuale interno ai canoni, in verità troppo generici, della ragionevolezza e della certezza del diritto, per come concepiti dal diritto comunitario».

distinguendosi per una innovativa soluzione volta a risolvere il contrasto tra il principio di legalità dell'azione amministrativa sotto il profilo europeo e la certezza del diritto.

Il TAR Sardegna, Sez. I, Sentenza 17 marzo 2007, n. 549, pur aderendo all'orientamento rivolto ad escludere il potere del giudice di disapplicare provvedimenti individuali e concreti anticomunitari, distingue da questo l'ipotesi in cui il privato domandi in giudizio l'applicazione dell'atto contrastante con diritto europeo. In tale eventualità, a parere del collegio, la disapplicazione diviene un atto doveroso.

In particolare, il giudice amministrativo, evidenzia che il vizio generato dall'inosservanza delle norme del diritto dell'Unione europea va ricondotto alla categoria dell'illegittimità per violazione di legge con conseguente annullabilità del provvedimento. Pertanto, l'atto ancorché viziato da «anticomunitarietà», è idoneo, secondo principi noti, a produrre tutti i suoi effetti, con conseguente onere per l'interessato di proporre avverso il medesimo tempestiva impugnazione ed impossibilità per il giudice amministrativo di disapplicare l'atto anticomunitario. Purtuttavia, rileva che, laddove il ricorrente non contesti l'atto emanato in violazione del diritto europeo, ma, al contrario, fondi su di esso le propri ragioni, affermando che il provvedimento impugnato è illegittimo perché contrastante con l'atto «anticomunitario», la regola sull'onere di impugnazione, con tutti i suoi portati, ivi compresa la necessità di proporre tempestiva impugnazione e l'impossibilità per il giudice amministrativo di disapplicare l'atto anticomunitario, non viene in rilievo, poiché anzi il privato chiede l'applicazione dell'atto viziato sotto il profilo comunitario. Cosicché non possono frapporsi ostacoli a che il giudice giudichi la controversia alla luce degli effettivi parametri di legalità sostanziale, nel pieno rispetto del principio di preminenza del diritto comunitario, senza tener conto dell'atto anticomunitario⁵⁴.

In sintesi il collegio, pur condividendo le acquisizioni giurisprudenziali in ordine alla problematica della disapplicazione, quando essa riguardi il provvedimento oggetto di gravame⁵⁵, «ritiene che la questione debba porsi in termini differenti nel caso in cui il

⁵⁴ Cfr. M. MACCHIA, *La violazione del diritto comunitario e l'«eccezione disapplicatoria»*, in *Gior. dir. amm.*, n. 8/2007, pp. 859-867, in cui l'autore rileva che utilizzando l'iter argomentativo del tribunale amministrativo «l'efficacia del provvedimento illegittimo divenuto definitivo sembra valere per i privati e per l'amministrazione, ma non per il giudice amministrativo». In senso critico, viene inoltre evidenziato che «il giudice avrebbe anche potuto

⁵⁵ Giova riportare quanto espresso, con estrema chiarezza, dal giudice amministrativo circa tale aspetto: «la prevalente giurisprudenza nazionale, prendendo le mosse dalla tesi che definisce i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario in termini di integrazione fra i due ordinamenti, ha ricondotto il vizio generato dall'inosservanza delle norme comunitarie alla categoria dell'illegittimità per violazione di legge con

ricorrente non contesti l'atto emanato in violazione del diritto comunitario, ma, al contrario, fondi su di esso le propri ragioni, affermando che il provvedimento impugnato è illegittimo perché contrastante con l'atto anticomunitario». In sintesi, la problematica dei riflessi sul processo del vizio derivante da violazione della normativa europea è stata sempre affrontata nell'ottica del soggetto leso dall'atto, concentrandosi la discussione sulla necessità o meno di proporre tempestiva impugnazione.

«Nella descritta ipotesi, la regola sull'onere di impugnazione, con tutti i suoi portati, non viene in rilievo, poiché anzi il privato chiede l'applicazione dell'atto viziato sotto il profilo comunitario, cosicché non possono frapporsi ostacoli a che il giudice giudichi la controversia alla luce degli effettivi parametri di legalità sostanziale, nel pieno rispetto del principio di preminenza del diritto comunitario». «Del resto, in termini più generali, l'esigenza che la valutazione dell'azione amministrativa sia condotta sulla base di canoni di legittimità sostanziale e non meramente formale, deve ritenersi immanente nell'ordinamento e trova, ormai, sicuri riscontri normativi nella nuova disciplina del procedimento amministrativo introdotta con la L. 7/8/1990 n°241». «Deve, pertanto, ritenersi che nell'ipotesi descritta, l'atto (anche negoziale) su cui il ricorrente fonda le proprie pretese, possa esplicitare i propri effetti solo laddove sia conforme al diritto comunitario, non potendo, in caso contrario, costituire fonte di legittime aspettative del privato. In quest'ultima ipotesi, sarà doveroso per il giudice disapplicarlo o comunque giudicare la controversia senza tenerne conto. Alle considerazioni svolte occorre aggiungere che la tesi prospettata dalla ricorrente condurrebbe all'assurda conseguenza di

conseguente annullabilità del provvedimento, (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V Sez., 10/1/2003 n°35). [...] Sul piano processuale, i riflessi della riferita impostazione sostanziale hanno portato la giurisprudenza nazionale ad escludere che il giudice possa disapplicare (salva l'ipotesi degli atti di normazione secondaria) l'atto contrario al diritto comunitario, e a ritenere che tale conclusione non risulti incompatibile con il principio della "*primauté*" del diritto comunitario e con il suo carattere vincolante, oltre che per i giudici, per il legislatore e le amministrazioni. Il provvedimento, ancorché viziato perché emanato in violazione del diritto comunitario, è idoneo, secondo principi noti, a produrre tutti i suoi effetti, con conseguente onere per l'interessato di proporre avverso il medesimo tempestiva impugnazione, (cfr., fra le tante, Cons. Stato IV Sez., 21/2/2005 n°579, nonché citata sent. n°35/2003). La possibilità di disapplicare minerebbe le esigenze di certezza dei rapporti giuridici pubblicistici, nonché i principi di stabilità, affidamento, continuità dell'azione amministrativa, presunzione di legittimità che pure hanno una loro funzione nell'attività amministrativa. Giova segnalare, peraltro, che la Corte di Giustizia, nel confermare che non contrasta con la normativa europea la legislazione nazionale che assoggetti a termini decadenziali il ricorso avverso provvedimenti illegittimi per violazione delle norme comunitarie, ove questa non restringa ingiustificatamente la tutela delle situazioni giuridiche garantite dalle dette norme, ha ammesso la possibilità di disapplicazione laddove la tempestiva impugnazione sia stata ostacolata da fatti imputabili alla pubblica amministrazione (cfr., da ultimo, Corte Giust. C.E. 27/2/2003 in causa C-327/00, idem 18/6/2002 in causa C- 92/00 e 29/4/1999 in causa C-224/97). La giurisprudenza nazionale, confortata almeno in linea di principio da quella comunitaria, risulta, dunque, orientata ad escludere tassativamente la disapplicazione dei provvedimenti individuali e concreti», T.A.R. Sardegna, Sez. I, Sentenza 27 marzo 2007, n. 549, in www.giustizia-amministrativa.it.

annullare un atto conforme al diritto comunitario».

Il Consiglio di Stato non ha ritenuto condivisibili le linee argomentative e le conclusioni alle quali è pervenuto il Tribunale Amministrativo Regionale. Il Collegio, ha infatti ritenuto che «un provvedimento amministrativo [...] il cui contenuto sia in contrasto con norme o principi comunitari, non possa essere disapplicato dall'amministrazione, *sic et simpliciter*, ma debba essere rimosso con il ricorso ai poteri di autotutela di cui la stessa amministrazione dispone. L'esercizio di tali poteri, peraltro, deve ritenersi soggetto, anche in questi casi, ai principi che sono a fondamento della legittimità dei relativi provvedimenti, rappresentati dalla contemporanea presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto, se si tratta di situazioni consolidate o di atti che abbiano determinato un legittimo affidamento in coloro che ne sono interessati, e dalla osservanza delle garanzie che l'ordinamento appresta per i soggetti incisi dall'atto di autotutela, prima fra tutte quella di consentire ai soggetti interessati di partecipare al relativo procedimento»⁵⁶.

Pertanto, mentre costituisce principio pacifico quello secondo cui una norma interna contrastante con il diritto dell'Unione europea deve essere disapplicata da parte del giudice interno, la prevalente giurisprudenza amministrativa è e rimane contraria ad ammettere la disapplicazione, da parte del giudice o della Pubblica Amministrazione di atti amministrativi.

Secondo questa impostazione, «la verifica d'ufficio della compatibilità del diritto interno applicabile con il diritto comunitario [...] non comporta la conseguente possibilità di scrutinare di ufficio la validità di atti comunitari che siano il presupposto di validità di atti amministrativi di diritto interno impugnati innanzi al giudice nazionale. I dubbi di legittimità sugli atti comunitari presupposti di atti amministrativi interni devono essere proposti, dai privati, nei termini di legge previsti dall'ordinamento processuale interno, con il ricorso introduttivo del giudizio»⁵⁷.

Concludendo, la giurisprudenza amministrativa ha smentito quell'orientamento, in effetti minoritario, di dottrina e giurisprudenza che, in specifiche condizioni, aveva sostenuto la disapplicazione dell'atto amministrativo contrastante con il diritto europeo, sulla falsariga di quanto previsto, sul piano normativo, per le leggi nazionali a questo non

⁵⁶ Così Consiglio di Stato, Sez. V, 9 settembre 2008, n. 4263, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 16 febbraio 2005, n. 516, in www.giustizia-amministrativa.it; Sul punto cfr. *Consiglio di Stato, V Sezione, 8 settembre 2008, n.4263, Nota in tema di autotutela*, in *Giur. it.*, 2008, n.2.

conformi.

Lo strumento della disapplicazione, a ben vedere, nasce, in ambito amministrativo, per consentire al giudice amministrativo di non dare attuazione agli atti regolamentari in caso di conflitto con norme di livello superiore, nei casi in cui tale contrasto non sia stato oggetto di impugnativa di parte; ciò in ragione dell'esigenza, fatta propria dal nostro sistema di giustizia amministrativa, della necessaria previa diretta impugnazione dei provvedimenti attuativi ritenuti lesivi sulla base di specifici motivi di impugnazione.

In definitiva, l'istituto della disapplicazione è ritenuto strumento non idoneo a risolvere il problema del contrasto con la normativa Ue, in quanto «la disapplicazione in ogni tempo minerebbe le esigenze di certezza dei rapporti giuridici, nonché i principi di stabilità, affidamento, continuità dell'azione amministrativa, presunzione di legittimità, che pure hanno una loro funzione nella attività amministrativa, e che, per questo, sono tutelati e riconosciuti anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario, inteso quale apparato amministrativo»⁵⁸. Inoltre, la tesi della disapplicazione in ogni tempo sarebbe in contrasto con il principio dispositivo (impulso delle parti), che ad oggi regge lo svolgimento del processo amministrativo, riducendo al minimo il potere officioso del giudice. Nei confronti dell'atto amministrativo «anticomunitario», la disapplicazione «rischia dunque di rilevarsi un rimedio abnorme, che, nell'affermare a tutti i costi l'effetto utile, finisce per scardinare altri pilastri dell'ordinamento integrato, minacciando di far crollare un edificio costruito su

⁵⁸ Così Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 21 febbraio 2005, n. 579, in www.giustizia-amministrativa.it. «Non può sostenersi che, se oggetto di disapplicazione può essere l'atto normativo, a fortiori, se anticomunitario, deve essere sottoposto al medesimo regime l'atto di natura amministrativa, sotto pena di inversione del valore giuridico degli atti nazionali. È vero, al contrario, che, una volta che la norma comunitaria sia entrata a fare parte integrante dell'ordinamento interno, essa gode del medesimo regime di illegittimità-legittimità degli atti o conformi alle altre disposizioni dell'ordinamento nazionale. Se si consentisse al giudice adito (o all'amministrazione) la disapplicazione delle norme nazionali processuali che impongono la impugnazione a pena di decadenza, si creerebbe una discriminazione alla rovescia a danno delle norme nazionali, invece sottoposte a quel regime. [...] La tesi della disapplicazione in ogni tempo sarebbe in contrasto anche con le previsioni del Trattato, che per gli atti delle istituzioni comunitarie prevedono esplicitamente, a tutela dei suddetti principi, termini di decadenza. Il principio della non elusività dei termini di decadenza e della necessità della impugnazione è stato ritenuto, nell'ambito del ricorso avverso atti comunitari, anche dalla Corte di Giustizia [...]. La medesima giurisprudenza della Corte di Giustizia, in applicazione del principio di autonomia degli Stati membri, nel fissare le modalità procedurali che governano la tutela giurisdizionale dei diritti di derivazione comunitaria, ritiene che la fissazione di termini decadenziali, e regimi di preclusioni che ne derivano, siano legittimi, salvo che non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti (Sentenza *Peterbroek* 14 dicembre 1995, causa C-312/1993, in ordine ad un termine di decadenza proprio di sessanta giorni). Pertanto, la previsione di un termine di decadenza non è incompatibile, ma al contrario, in armonia con la normativa comunitaria, salva la verifica in concreto della circostanza, non riscontrata nel caso dell'ordinamento processuale italiano, e in verità non dedotta come tale nell'atto di appello, che detto termine non mini principi di effettività ed equivalenza di tutela».

più livelli»⁵⁹. In definitiva, la teoria che ravvisa nell'istituto della disapplicazione uno strumento per consentire il controllo diffuso di «comunitarietà» nei confronti degli atti amministrativi nazionali definitivi, contrasta sia con i principi del processo amministrativo, quali il principio di inoppugnabilità ed il principio dispositivo, ponendosi in antitetica contrapposizione con l'omologa disciplina processuale prevista dalle fonti europee. Infatti, ragioni di certezza del diritto, codificate dall'art. 263 TFUE, precludono ogni possibilità di rimettere in discussione la validità di atti europei produttivi di effetti giuridici non impugnati o non impugnati per tempo⁶⁰.

3.2. LA TEORIA DELLA NULLITÀ

La seconda tesi, configura la radicale nullità per carenza di potere dell'atto amministrativo applicativo di una norma di legge contrastante con il diritto europeo, senza distinguere tra l'ipotesi in cui essa attribuisca il potere di emanazione dell'atto e quella in cui si limiti a disciplinarne le modalità di esercizio.

In particolare, tale argomentazione sostiene la radicale nullità dell'atto affetto da

⁵⁹ Così G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 6.

⁶⁰ C. IANNONE, *Commento all'art. 263 TFUE*, in *Trattati dell'Unione europea* a cura di A. TIZZANO, Milano, 2014, pp. 2078-2081. I termini di presentazione del ricorso di annullamento ai sensi del sesto comma dell'art. 263 TFUE sono di due mesi. «Il termine di presentazione del ricorso è una regola di ordine pubblico, rilevabile dunque d'ufficio, ed è intesa dal giudice dell'unione come volta a "garantire la chiarezza e la certezza delle situazioni giuridiche ed evitare qualsiasi discriminazione o trattamento arbitrario nell'amministrazione della giustizia". Unicamente nel caso in cui un ricorrente provi che il mancato rispetto di tale regola è dovuto ad un errore scusabile, ad un caso fortuito o di forza maggiore, il ricorso intempestivo è ricevibile (art. 45, co.2, Statuto Corte). Le cause che giustificano il mancato rispetto dei termini sono interpretate in modo restrittivo. Secondo in principi interpretativi enunciati dalla Corte, perché sussista la forza maggiore o il caso fortuito occorre che ricorra (e che dunque l'interessato provi) la sussistenza di un "elemento oggettivo" relativo all'intervento di circostanze anormali ed estranee all'interessato e di "un elemento soggettivo" consistente nell'aver l'interessato preso tutte le precauzioni per evitare le conseguenze dell'evento anormale. In particolare, questi deve aver seguito attentamente lo svolgimento della procedura e deve aver dato prova di diligenza nel rispettare i termini impartiti». Pertanto, la nozione di forza maggiore non trova applicazione in una situazione in cui un soggetto diligente ed accorto sarebbe stato oggettivamente in grado di evitare la decadenza di un termine di ricorso. Gli stessi principi trovano applicazione nel caso dell'errore scusabile. «La deroga all'applicazione dei termini è ammessa quindi solo nel caso in cui l'istituzione abbia tenuto un comportamento idoneo, da solo o in misura determinante, a generare una confusione ammissibile in un singolo in buona fede e che abbia dato prova di tutta la diligenza richiesta ad una persona normalmente accorta».

Al riguardo, occorre, inoltre, rilevare che la certezza del diritto costituisce un principio generale del diritto dell'Unione europea, riconosciuto in maniera unanime dalla giurisprudenza europea. Con specifico riguardo all'atto amministrativo, la Corte di giustizia ha evidenziato che «il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo», così Corte di giustizia, sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, punto 24, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

«anticomunitarietà», in quanto adottato sulla base di una norma disapplicabile e, pertanto, inidonea a radicarne e disciplinarne il potere. L'applicazione concreta di tale *iter* argomentativo comporta sempre la disapplicazione di una norma statale contrastante con il diritto europeo, con la conseguente nullità, rilevabile d'ufficio, dell'atto amministrativo adottato in sua esecuzione.

L'incongruenza di tale impostazione risiede nella considerazione che, a rigore, la nullità potrebbe essere rilevata da chiunque, il vizio dovrebbe essere rilevato d'ufficio, la relativa statuizione dovrebbe essere di nullità; il tutto in evidente contrasto con il principio di tassatività delle cause di nullità oggi enunciato dall'art. 21-septies della legge n.241/1990, il quale non include tra le ipotesi di nullità la violazione del diritto europeo⁶¹.

La teoria in commento si fonda su un'impostazione rigidamente dualistica dei rapporti interordinamentali. La conseguenza di questa impostazione è che il conflitto tra norme europee e norme interne non determina l'invalidità di queste ultime, bensì la sola disapplicazione. Inoltre, le disposizioni del diritto europeo, non entrando nel tessuto normativo interno, «non sarebbero in grado di assurgere a parametro di legittimità dell'atto amministrativo, né potrebbero costituire la fonte attributiva del potere che ne consenta l'adozione»⁶².

La tesi in argomento, che come evidenziato propende per la radicale nullità degli atti amministrativi, «mostra evidenti limiti nella misura in cui generalizza una situazione che invece sembra da individuare in particolari circostanze». Essa, inoltre, determina paradossali conseguenze negative circa la rilevanza del diritto, dato che in questo modo si nega alle norme europee direttamente applicabili ogni efficacia diretta sull'operato amministrativo. «Soprattutto determina un radicale sconvolgimento del sistema processuale nazionale, che allo stato della evoluzione del diritto comunitario non sembra giustificato»⁶³.

⁶¹ Art. 21-septies *Nullità del provvedimento*: «È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge».

⁶² Così S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo*, op. cit., p. 55.

⁶³ Così M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, op.cit., pp. 496-497, con specifico riguardo al diritto processuale, l'autore rileva che «la Comunità ha progressivamente esteso il proprio ambito di influenza anche sul diritto processuale, essenziale al fine di garantire il principio di uniformità del diritto comunitario, ciò è avvenuto in modo incrementale attraverso una espansione progressiva tanto di discipline scritte (ad esempio per i ricorsi in materia di appalti pubblici), quanto di sentenze dei giudici comunitari che introducono di volta in volta nuovi principi comuni. Nell'insieme non vi sono ancora le condizioni per poter parlare di diritto comune dei rimedi giuridici, né di radicale sconvolgimento dei diritti processuali nazionali da affermarsi in sede giurisdizionale in virtù del solo riferimento alle esigenze comunitarie»; Cfr. G. GRECO, *L'incidenza del*

Va infine evidenziato che questa teoria mostra degli evidenti limiti nella misura in cui presuppone che le norme statali siano le uniche a radicare il potere amministrativo. È infatti raro che nelle materie aventi una rilevanza europea, la normativa nazionale si sovrapponga a quella dell'Unione attributiva del potere, «essendo più frequente l'ipotesi che la legge italiana (nella parte incompatibile) si limiti a prevedere segmenti della fattispecie normativa di disciplina del potere amministrativo, ma non l'intera fattispecie che radica il potere medesimo»⁶⁴.

In tali casi, trattandosi di norme sul modo di esercizio di detto potere, la loro disapplicazione non può ripercuotersi in termini di carenza di potere-nullità sull'atto amministrativo, bensì in termini di illegittimità-annullabilità, così come confermato dalla giurisprudenza amministrativa.

Questa tesi è stata sostenuta da una giurisprudenza risalente nel tempo, la quale aveva affermato che «l'esistenza della norma costituisce il presupposto necessario ed ineliminabile dell'atto amministrativo che pretende di farne applicazione [...] se la norma che l'Amministrazione pretende di applicare non esiste o per qualsiasi motivo non produce effetti all'interno dell'ordinamento nel quale è destinata ad operare la pronuncia giurisdizionale, il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa *legibus soluta*, egli non può che dare atto della radicale nullità dell'atto medesimo»⁶⁵.

Tale tesi non ha invece trovato accoglimento nella successiva giurisprudenza amministrativa. Il Consiglio di Stato ha, infatti, confermato che l'entrata in vigore dell'art.21-septies della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n.15/2005, definisce

diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali, op.cit., pp. 940-941; Cfr. R. CHIEPPA, *Commento all'art. 21-septies*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M. A. SANDULLI, op. cit., p. 149.

⁶⁴ Così G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, op.cit., p. 940.

⁶⁵ Così TAR Piemonte, Sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, in M. ROMAJOLI, R. VILLATA, *Contrasto di un atto con il diritto europeo*, in *Treccani il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, p. 284. Il tribunale amministrativo ritiene che la patologia da contrarietà al diritto comunitario dell'atto amministrativo sia qualificabile come «nullità» od «inesistenza», T.A.R. Piemonte, sez. II, Sentenza 8 febbraio 1989, n. 34. In tale pronuncia, il giudice amministrativo ha sviluppato una tesi che ruota attorno al seguente sillogismo: a) l'esistenza della norma interna costituisce il necessario ed ineliminabile presupposto dell'atto amministrativo che pretende di farne applicazione; b) se la norma interna è in contrasto con il diritto europeo, essa va necessariamente disapplicata con conseguente venir meno del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa; c) in tal caso il giudice non può che dare atto della radicale nullità del provvedimento medesimo, poiché non può esistere attività amministrativa «senza norma» (*legibus soluta*). In sintesi, l'idea espressa dal TAR Piemonte è che non possa esistere un atto amministrativo *legibus soluto*: caduta la norma interna per disapplicazione, la norma europea non viene in soccorso, poiché i due ordinamenti sono separati.

compiutamente le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, che costituiscono, quindi, un numero chiuso tra cui non rientra il vizio di violazione del diritto dell'Unione europea. In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha escluso la riconducibilità della patologia da violazione del diritto europeo all'art. 21-septies legge n. 241/1990, in quanto in tema di nullità del provvedimento non «si può sostenere che il provvedimento adottato in violazione del diritto comunitario sia nullo, in quanto l'entrata in vigore dell'art. 21-septies della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n.15/2005, ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, che costituiscono quindi un numero chiuso e all'interno delle quali non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario»⁶⁶.

A tal proposito, molto chiara è la sentenza n.1498/2010, in cui il Consiglio di Stato evidenzia che la nullità del provvedimento amministrativo trova la sua disciplina dell'articolo 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241; tale norma «tra le varie opzioni possibili - ossia tra quella di inserire nel sistema della patologia dell'atto amministrativo tutte le ipotesi di nullità (testuale, strutturale e virtuale) previste dall'articolo 1418 del codice civile e quella di ritenere sufficiente la categoria dell'annullabilità per quanto riguarda i rapporti amministrativi - ha scelto la soluzione di compromesso, ossia quella di escludere la nullità per contrasto con norme imperative di legge, giudicando tale categoria particolarmente pericolosa rispetto alle esigenze di certezza e di stabilità dell'azione amministrativa». [...] «Pertanto, le ipotesi astrattamente riconducibili alla nullità c.d. virtuale vanno ricondotte al vizio di violazione di legge, atteso che le norme riguardanti l'azione amministrativa, dato il loro carattere pubblicistico, sono sempre norme imperative e quindi non disponibili da parte dell'amministrazione. Quindi, esse si convertono in cause di annullabilità del provvedimento, da farsi valere entro il breve termine di decadenza, a tutela della stabilità del provvedimento amministrativo»⁶⁷.

⁶⁶Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 683, in www.giustizia-amministrativa.it; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 3 marzo 2006, n. 1023, in www.giustizia-amministrativa.it, dove viene stabilito che «il provvedimento amministrativo adottato in violazione delle disposizioni comunitarie, non è affetto da nullità, in quanto tale ipotesi non rientra tra i casi disciplinati dall'art. 21 septies, l. n. 241/90, che costituiscono un numero chiuso, da far valere anche oltre il termine decadenziale, ma è illegittimo, e, quindi, annullabile».

⁶⁷ Consiglio di Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, in www.giustizia-amministrativa.it; in senso conforme cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983 www.giustizia-amministrativa.it, in particolare, il Collegio ritiene che il contrasto tra l'atto amministrativo e il diritto dell'Unione europea «dia luogo ad un vizio di legittimità dell'atto, cioè alla sua annullabilità, e non alla sua radicale nullità. Va rammentato infatti il consolidato orientamento per cui la violazione del diritto comunitario implica solo un vizio di legittimità, con conseguente annullabilità dell'atto amministrativo. L'art. 21-septies l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità del

Per quanto evidenziato, nel diritto amministrativo non trovano collocazione le c.d. nullità virtuali, derivanti dalla violazione di norme imperative, con conseguente inapplicabilità della regola generale di cui all'art.1418, comma 1 cc. secondo cui «il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente»⁶⁸.

3.3. L'ANNULLABILITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO «ANTICOMUNITARIO»

In base alla tesi dell'annullabilità, condivisa dalla prevalente dottrina e giurisprudenza amministrativa, la violazione del diritto dell'Unione europea, determinando conseguenze analoghe rispetto alla violazione del diritto interno, va inquadrata nella nozione di invalidità-annullabilità.

In tale ambito, rimangono quindi fermi i principi generali relativi all'invalidità degli atti amministrativi, sia in termini di configurazione dei vizi, che di disciplina processuale per far valere tali vizi.

La tesi in argomento si fonda sulla teoria dell'integrazione tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale, in virtù della quale il diritto dell'Unione europea costituisce un parametro di legittimità dell'atto amministrativo. Un'ulteriore argomentazione a supporto dell'annullabilità è data dalla circostanza che anche gli atti emanati dalle istituzioni europee contrastanti con i Trattati sono sottoposti ad un regime di annullabilità analogo a quello introdotto dalla normativa nazionale che, come noto, si basa sull'impugnabilità, sull'annullamento giurisdizionale e sulla conseguente eventuale inoppugnabilità.

Al riguardo, va, infatti, evidenziato che può dirsi pacificamente «accettato che il regime generale delle invalidità degli atti comunitari è il classico regime dell'annullabilità, con la precisazione tuttavia che (come d'altronde negli ordinamenti nazionali) può aversi il regime della nullità quando i vizi risultino particolarmente gravi e, di conseguenza, in casi necessariamente ristretti»⁶⁹. La Corte di giustizia ha espressamente affermato che così

provvedimento amministrativo, e non vi rientra la violazione del diritto comunitario (Cons. Stato, VI, 22 novembre 2006, n. 6831; 31 maggio 2008, n. 2623)». [...] Da tanto consegue: a) (sul piano processuale) l'onere dell'impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario, dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena la inoppugnabilità; b) (sul piano sostanziale) l'obbligo per l'Amministrazione di dar corso all'applicazione dell'atto, salva l'autotutela (Cons. Stato, V, 8 settembre 2008, n. 4263)».

⁶⁸ Sul punto cfr. M. ROMAJOLI, R. VILLATA, *Contrasto di un atto con il diritto europeo*, in *Treccani il libro dell'anno del diritto 2012*, op.cit., pp. 283-287.

⁶⁹ Così G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da

come «nei diritti nazionali dei diversi Stati membri, un atto amministrativo, anche irregolare, gode, in diritto comunitario, d'una presunzione di validità, sino a quando non sia stato annullato o ritualmente revocato dall'istituzione da cui emana». Notando, inoltre, che «qualificare un atto come inesistente consente di constatare, al di fuori dei termini d'impugnazione, che tale atto non ha prodotto alcun effetto giuridico. Per manifesti motivi di certezza del diritto, questa qualificazione deve, quindi, essere riservata in diritto comunitario, come lo è nei diritti nazionali che la prevedono, agli atti inficiati da vizi particolarmente gravi ed evidenti»⁷⁰.

Inoltre, l'art. 263 TFUE, nel prevedere che il termine di presentazione del ricorso di annullamento è di due mesi, preclude, per evidenti ragioni di certezza del diritto, ogni possibilità di rimettere in discussione la validità di atti europei produttivi di effetti giuridici non impugnati o non impugnati per tempo. Con riguardo a tale ultimo aspetto, autorevole dottrina ha messo in luce che la disposizione di cui all'art. 263 TFUE non solo è «simile a quella vigente nel diritto amministrativo italiano, ma la regola per la quale le azioni impugnatrici sono da esercitare entro un termine breve appare una delle costanti dell'esperienza comparata»⁷¹.

La tesi della «violazione di legge» risulta confortata dal disegno di legge recante modificazioni ed integrazioni alla legge generale sul procedimento amministrativo, approvato dal Consiglio dei ministri in data 7 marzo 2002, che prevedeva l'introduzione dell'art. 13-sexies, dove, tra i vizi di annullabilità del provvedimento, veniva espressamente menzionata la violazione di disposizioni di fonte europea.

La teoria in argomento è, inoltre, confermata dai lavori preparatori della legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante «modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241».

M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, 2007, p. 712.

⁷⁰ Così Corte di giustizia, Sez. V, 26 febbraio 1987, *Consorzio cooperative d'Abruzzo c. Commissione*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

⁷¹ Così G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 732, l'autore rileva, inoltre, che ovunque «per determinati atti, ed in particolare per gli atti delle autorità amministrative, si pone l'esigenza – a salvaguardia della certezza delle situazioni giuridiche che ne derivano – di contenerne l'impugnabilità entro ristretti limiti temporali». Anche nell'ordinamento giuridico dell'Unione potrebbero essere impugnati atti successivi meramente confermativi del precedente, essendo «giurisprudenza costante che, qualora il ricorrente lasci scadere il termine per impugnare la decisione con cui sia stato stabilito in termini univoci un provvedimento produttivo di effetti giuridici di natura obbligatoria che incidano sui suoi interessi, tale termine non può essere ripristinato per effetto della richiesta rivolta all'istituzione di rivedere la sua decisione e della proposizione del ricorso avverso la decisione di diniego che confermi la decisione precedentemente emanata (v. sentenze della Corte 15 dicembre 1988, cause riunite 166/86 e 220/86, *Irish Cement/Commissione*, Racc. pag. 6473, punto 16, e 25 maggio 1993, causa C-199/91, *Foyer culturel du Sart-Tilman/Commissione*, Racc. pag. I-2667, punti 23 e 24)», così Tribunale di primo grado, causa T-514/93, *Cobrecap SA, Peche & Froid SA e Klipper Investissements c. Commissione delle Comunità europee*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

Nella relazione al disegno di legge della I Commissione Permanente (Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) è, infatti, riportato, con riferimento a quello che diventerà l'art.21-octies, che «la dizione “violazione di legge” deve intendersi, conformemente a quanto afferma la giurisprudenza, in senso lato, comprendendo tutti gli atti di normazione (primaria, secondaria e comunitaria)»⁷².

La teoria dell'annullabilità, espressa per la prima volta in maniera coerente sotto il profilo teorico in una sentenza del Consiglio di Stato⁷³, si è attualmente radicata nella giurisprudenza maggioritaria. In particolare, il giudice amministrativo muovendosi in una logica monista ritiene che la disposizione europea, in quanto integrata nell'ordinamento giuridico nazionale, debba essere assunta a paradigma di validità dell'atto amministrativo nazionale.

Così come precisato dai giudici amministrativi, l'annullabilità dell'atto amministrativo si configura, sia nel caso di violazione diretta delle disposizioni europee, ossia in caso di violazione di una disposizione normativa europea direttamente applicabile, sia nell'ipotesi violazione indiretta del parametro europeo di legalità, ovvero nel caso in cui l'atto amministrativo venga adottato in conformità di una norma interna a sua volta contrastante con il diritto europeo.

In effetti, la giurisprudenza amministrativa, anche in ragione delle fattispecie decise, non ha affrontato esaustivamente la problematica del vizio di illegittimità comunitaria indiretta, tuttavia «quanto all'atto emanato sulla base di una norma statale anticomunitaria relativa al *quomodo* di esercizio del potere, non vi sono ragioni per differenziare il regime processuale da quello della illegittimità comunitaria “diretta”»⁷⁴. Pertanto, in entrambi i casi l'atto amministrativo risulta affetto da un vizio di legittimità equiparabile alla violazione di legge e, pertanto, annullabile secondo gli ordinari canoni di valutazione della

⁷² Camera dei Deputati, N. 3890-1160-2574-A, *Relazione della I Commissione Permanente (Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni)*, presentata alla presidenza il 6 novembre 2003, p.10, in www.legxiv.camera.it.

⁷³ In tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in www.giustizia-amministrativa.it. «Non può, anzitutto, dubitarsi che la disposizione comunitaria violata si ponga, soprattutto nel caso in cui risulti tradotta in una norma nazionale, come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti (per come definito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee), da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza ed autonomia (per come descritto dalla Corte Costituzionale). Appare, allora, agevole rilevare che la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno contrastante con il relativo paradigma di validità»; in senso analogo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 maggio 2005, n. 2566, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁴ Così N. PIGNATELLI, *L'illegittimità “comunitaria” dell'atto amministrativo*, op. cit., p. 3646.

patologia dell'atto amministrativo.

3.4. LA TESI INTERMEDIA TRA L'ANNULLABILITÀ E LA NULLITÀ

La posizione interpretativa intermedia, cercando di coniugare la tesi della nullità e quella dell'annullabilità, distingue l'ipotesi in cui la norma interna si limiti solo a disciplinare le modalità di esercizio del potere, rispetto a quella in cui la norma medesima sia l'unica ad attribuire il potere amministrativo nel cui esercizio l'atto amministrativo è stato adottato.

Mentre nel primo caso si avrebbe una semplice annullabilità, nel secondo, la nullità o, secondo alcuni, l'immediata non applicabilità della norma interna attributiva del potere e ciò in quanto l'assenza della potestà ad emanare l'atto non potrebbe che risolversi nell'inesistenza dell'atto stesso perché adottato, per l'appunto, in situazione di carenza di potere.

Tale opzione teorica ha ricevuto l'avvallo della giurisprudenza amministrativa. In particolare, il Consiglio di Stato in una pronuncia del 2003, dopo aver evidenziato che la violazione della disposizione europea comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno contrastante con il relativo paradigma di validità, ha affermato che «la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario». Il collegio ha, inoltre, evidenziato che al di fuori di questa ipotesi «l'inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità del provvedimento viziato nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al Giudice Amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità»⁷⁵.

Tale pronuncia ha suscitato perplessità, in primo luogo a causa dell'assimilazione della nozione di nullità a quella di inesistenza; due categorie diverse che, invece, nella pronuncia vengono maneggiate in modo fungibile. Le modifiche introdotte dalla legge n.15/2005

⁷⁵ Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso analogo Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2005, n. 2566, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, Sez. V, 19 aprile 2009, n. 3072, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, 31 marzo 2011, n. 1983, in www.giustizia-amministrativa.it.

hanno, infatti, positivizzato il vizio di nullità, presupponendo una differenza con la categoria della inesistenza⁷⁶.

Sulla base della distinzione di regime tra la nullità e l'inesistenza, enucleata in sede di teoria generale, l'atto inesistente è l'atto che non solo non produce effetti giuridici ma neppure effetti materiali, mentre l'atto nullo, pur non potendo produrre effetti giuridici per la mancanza di elementi propri essenziali, può comunque produrre effetti materiali, generando una sorta di realtà fittizia, rimovibile attraverso una azione di accertamento; in sintesi, la differenza tra la nullità e l'inesistenza risiede nell'impossibilità per l'atto inesistente di produrre risultati, poiché non si radica la situazione di apparenza, viceversa connaturata alla nullità.

Inoltre, la codificazione delle cause di nullità introduce l'esigenza di «prospettare l'inesistenza in riferimento ai casi non riconducibili alla fattispecie normativa eppure costituenti vizi abnormi del provvedimento amministrativo, al fine di superare la tassatività delle ipotesi di nullità»⁷⁷. In tale ottica, è stato evidenziato che, l'illegittimità che investe l'atto amministrativo emanato sulla base di una norma interna attributiva del potere e contrastante con il diritto europeo non è riconducibile al regime dell'inesistenza.

In tale ottica, acuta dottrina ha, inoltre, escluso che nel caso di specie possa parlarsi di

⁷⁶ L'art. 21-septies della legge n. 241/1990 rubricato «nullità del provvedimento», stabilisce che è «nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge». Al riguardo, occorre evidenziare che l'espressione «difetto assoluto di attribuzione» suscita perplessità interpretative in ordine alla sua decodificazione: la locuzione utilizzata dal legislatore non trova, infatti, alcun riscontro nel linguaggio normativo e neanche nella tradizione giurisprudenziale e dottrinale. La terminologia corrente nel dibattito interpretativo è diversa. Due sono le espressioni diffuse in ambito dottrinale e giurisprudenziale: la carenza di potere, in astratto ed in concreto; l'incompetenza, assoluta e relativa. La «carenza di potere in astratto» concerne l'esercizio di una potestà non attribuita da alcuna norma all'autorità amministrativa. La «carenza di potere in concreto» va intesa come violazione grave di norme che disciplinano le modalità di esercizio di un potere esistente. L'incompetenza «assoluta» si sostanzia nel difetto di potere in capo non all'Amministrazione in generale, bensì a quel settore amministrativo di cui fa parte il soggetto che ha adottato il provvedimento, essa si verifica, altresì, allorché l'organo emetta un provvedimento riservato ad un organo appartenente a diverso plesso amministrativo. L'incompetenza «relativa», integrante il vizio d'illegittimità dell'atto amministrativo, si verifica, nella maggior parte dei casi, allorché tra i diversi organi sussista una diversa competenza per grado, pur non essendo escluso che l'incompetenza relativa possa sussistere anche con riferimento alla materia ed al territorio. La tesi maggioritaria, sostenuta prevalentemente in dottrina e giurisprudenza, ritiene che l'espressione «difetto assoluto di attribuzione» non comprenda soltanto l'incompetenza «assoluta», ma anche l'ipotesi di «carenza di potere in astratto», preoccupandosi di specificare che la «carenza di potere in concreto» ne deve rimanere esclusa, in quanto si sostanzia nella mancanza dei presupposti per l'esercizio del potere, comunque pertinente al soggetto che ha adottato il provvedimento. Al riguardo, cfr. F. CARINGELLA, M. PASTORE, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. V., *L'invalidità del provvedimento*, op.cit., pp.131-140; C. CAVALLARI *La nullità del provvedimento amministrativo, cause ed effetti tutela innanzi al giudice amministrativo*, Roma, 2014, pp.80-86.

⁷⁷ Così C. CAVALLARI, *La nullità del provvedimento amministrativo, cause ed effetti tutela innanzi al giudice amministrativo*, op. cit., p. 108.

nullità. In particolare, è stato evidenziato che così come una norma lesiva della Costituzione rimane esistente ed efficace fino al momento dell'annullamento da parte della Corte Costituzionale, la norma statale in contrasto con il diritto europeo rimane esistente e potenzialmente efficace fino al momento della disapplicazione da parte del giudice comune. Pertanto, fino a quando non si verifica la disapplicazione non è possibile negare che la norma «antieuropea» produca effetti, non essendo tale norma affetta da alcuna nullità⁷⁸. In tale logica, l'atto amministrativo viziato da «anticomunitarietà indiretta» e, quindi, adottato sulla base di una norma che si rivelerà soltanto *ex post* anticomunitaria è un atto adottato, al momento della emanazione, sulla base di un potere previsto da una norma e non in assenza (assoluta) di una norma attributiva.

Non può, pertanto, parlarsi di una ipotesi di carenza assoluta di potere. Gli atti amministrativi emanati sulla base di una norma anticomunitaria, applicata dall'amministrazione precedente e, quindi, «efficace fino alla sua disapplicazione (ed anche un istante dopo il momento stesso della disapplicazione), non sono fantasmi giuridici, ma frammenti di poteri da rimuovere (in quanto annullabili) attraverso la logica della impugnazione»⁷⁹.

In altre parole, secondo quanto evidenziato dalla dottrina, la conclusione cui arriva il giudice amministrativo appare troppo drastica, anche perché la disapplicazione della norma interna non determina di regola una situazione di carenza di potere, stante la presenza di atti normativi a «monte di quelli nazionali disapplicati, che ritornano ad essere il diretto parametro di legittimità dei provvedimenti nazionali». Di conseguenza la nullità provvedimentoale potrà verificarsi soltanto nel caso, difficilmente verificabile, «di un atto normativo italiano che senza potere si inserisca scorrettamente nel sistema comunitario in una parte priva di disciplina di tale fonte»⁸⁰.

Al riguardo, è stato, infatti, evidenziato che «a parole» il Consiglio di Stato afferma di ritenere la nullità dell'atto amministrativo per violazione del diritto comunitario come «un principio acquisito», ma si «tratterebbe di un'ipotesi dotata di rilevanza più teorica che pratica». Nei fatti non si conoscono «sentenze di accertamento della nullità per carenza di potere in astratto di atti amministrativi fondati su norme contrastanti con il diritto, europeo

⁷⁸ Cfr. N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, op. cit., p. 3646.

⁷⁹ Così N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, op. cit., p. 3649.

⁸⁰ Così M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, p.701; cfr. anche M. ROMAJOLI, R. VILLATA, *Contrasto di un atto con il diritto europeo*, in *Treccani il libro dell'anno del diritto 2012*, op.cit., pp. 286-287.

(cd. anticomunitarietà indiretta)»⁸¹. Infatti, capita di rado che la normativa comunitaria si sovrapponga del tutto a quella nazionale sulla attribuzione del potere amministrativo, mentre è «assai più frequente l'ipotesi che la legge italiana (nella parte incompatibile) si limiti a prevedere segmenti della fattispecie normativa di disciplina del potere amministrativo, ma non l'intera fattispecie che radica il potere medesimo». In tali casi, trattandosi di norme sul modo di esercizio di detto potere, «la loro disapplicazione non può ripercuotersi in termini di carenza di potere-nullità sull'atto amministrativo, sibbene solo in termini di illegittimità-annullabilità»⁸².

4. INVALIDITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO UE E AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA

Strettamente connesso alle problematiche relative al rapporto tra ordinamento giuridico nazionale ed europeo, alla portata del principio di effettività nell'attuazione del diritto europeo, nonché al tipo di patologia che affligge l'atto amministrativo «anticomunitario», è il tema della autotutela amministrativa.

In particolare, appare chiara la stretta connessione che sussiste tra la problematica del regime di invalidità dell'atto amministrativo «anticomunitario» e la tematica del regime di riesame dell'atto stesso.

In tal senso, «dal momento che di autotutela si tratta e che una tale specie di procedimento deve necessariamente avere ad oggetto un atto efficace, seppur invalido, ne deriva che ha senso parlare di autotutela – e di doverosità della stessa – solo ove effettivamente ve ne sia bisogno e quindi nel solo caso di atto invalido e purtuttavia efficace». Pertanto, la necessità di tale indagine «nasce proprio dal fatto che tale (invalidità-annullabilità) è la qualificazione ormai generalmente accettata dalla giurisprudenza dominante, nonostante un dibattito molto vivo in dottrina»⁸³. Pertanto,

⁸¹G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 9.

⁸²G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi*, op. cit., p. 940, l'autore non manca di rilevare che quanto affermato «non toglie che ben può verificarsi il caso che la norma incompatibile sia l'unica a radicare il potere amministrativo», come l'ipotesi di una norma che preveda restrizioni quantitative all'importazione da imporre con provvedimenti amministrativi e che tale norma sia totalmente incompatibile con preclusioni comunitarie di ordine generale, ormai operative e immediatamente applicabili. «Sicché il problema della sorte dell'atto amministrativo deve tener conto anche di tali fattispecie».

⁸³Così A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. STICCHI DAMIANI, F. VETRÒ, Torino, 2010, p.144.

Al riguardo, occorre evidenziare come il parallelismo tra le due soluzioni costituisca un dato innegabile,

grande importanza riveste l'analisi della sorte dell'atto amministrativo contrastante con il diritto dell'Unione europea, ma con particolare attenzione alla questione della doverosità da parte della Pubblica Amministrazione di un intervento eliminatorio in autotutela d'ufficio, oppure su istanza di parte.

L'importanza della questione è di intuitiva evidenza.

Considerare obbligatorio il procedimento di autotutela, avente ad oggetto l'annullamento di un atto contrastante con il diritto europeo, avrebbe delle chiare ripercussioni sull'ordinamento nazionale che, come noto, considera tale potere assolutamente discrezionale. Inoltre, appare chiaro che tale soluzione «porterebbe ad azzerare in favore dell'interesse pubblico alla incondizionata prevalenza ed effettività» del diritto europeo, ogni altra istanza di tutela quali il legittimo affidamento e la certezza del diritto.

In tale ambito, va, comunque, evidenziato che proprio l'eventuale obbligo dell'autotutela potrebbe considerarsi l'unico reale strumento atto a garantire la piena attuazione del diritto dell'Unione nell'ordinamento nazionale «espungendo – o quanto meno riducendo fortemente – ogni possibile attività amministrativa contrastante con le norme e gli scopi dell'ordinamento sovranazionale»⁸⁴.

4.1. L'AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA-BREVI CENNI

L'autotutela amministrativa è il potere da parte della Pubblica Amministrazione di verifica della validità dei suoi provvedimenti, di ritiro degli atti riconosciuti invalidi o non più opportuni e di esecuzione del provvedimento. Essa è finalizzata alla cura degli interessi pubblici, «più precisamente a realizzare l'interesse pubblico quale definito dal provvedimento»⁸⁵.

Sembra possibile concepire il concetto di autotutela in tre diverse accezioni:

per cui, «da un lato, larga parte della dottrina favorevole alla tesi dell'annullabilità abbraccia la tesi della discrezionalità per quanto riguarda la questione del riesame e, dall'altro, la tesi della doverosità è largamente condivisa dai fautori della tesi della disapplicabilità», così R. MUSONE, *Il riesame dell'atto amministrativo contrastante con il diritto dell'Unione europea*, Roma, 2014, pp. 21-22.

⁸⁴ Cfr. A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, op. cit., pp.142-143.

⁸⁵ Così M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit., p.830, l'autore evidenzia che l'autotutela non è «una forza del provvedimento, né deriva da una forza di esso, identificabile o no con l'imperatività [...]». Occorre invece dire che, sul presupposto di un provvedimento il quale, essendo imperativo, ha prodotto già certi effetti, l'autotutela è il nome di una potestà a sé stante, che è attribuita all'amministrazione per realizzare l'interesse pubblico così come reso concreto nel provvedimento, e che si esercita per atto volontario, se e in quanto l'amministrazione ritenga di doverla esercitare».

- i) autotutela esecutiva, che si esprime tramite il complesso di attività volte a porre in esecuzione ed attuare le decisioni già adottate dall'Amministrazione. Essa attiene alla possibilità per la Pubblica Amministrazione di «farsi giustizia da sé»⁸⁶ (naturalmente secondo diritto) per le vie amministrative. Tale accezione individua il nucleo storico e tradizionale del potere di autotutela e si identifica con l'attività diretta all'esecuzione coattiva dei provvedimenti amministrativi⁸⁷;
- ii) autotutela decisoria, la quale indica che l'Amministrazione si sostituisce al giudice per valutare la validità dell'atto⁸⁸. Tale istituto consiste nel potere di «riesame» con esito demolitorio o conservativo dei provvedimenti adottati.

Nell'ambito dell'autotutela decisoria occorre, infatti, distinguere tra:

- autotutela demolitoria, nella quale rientra il potere della Pubblica Amministrazione di eliminare il provvedimento invalido;
- autotutela sanante, attraverso la quale la Pubblica Amministrazione elimina autonomamente eventuali vizi o irregolarità dei provvedimenti.

Il «riesame» può quindi sfociare nella:

- rimozione del provvedimento invalido;

⁸⁶ Cfr. F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Vol. I, *Monografie e manuali*, Milano, 2006, p.528, l'illustre autore evidenzia che la Pubblica Amministrazione ha «non soltanto la capacità di determinare essa stessa le regole particolari del proprio agire (autonomia), e la capacità di agire nel proprio interesse modificando unilateralmente le posizioni giuridiche dei cittadini (autarchia), ma ha altresì la capacità di provvedere essa stessa a risolvere i conflitti eventualmente insorgenti con gli altri soggetti per effetto dell'attuazione dei propri provvedimenti». L'istituto dell'autotutela coincide con quella parte di attività amministrativa con la quale la Pubblica Amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese. Questa capacità, peculiare di ogni soggetto della Pubblica Amministrazione «permette di risolvere sia conflitti - attuali e potenziali - da impugnativa, sia conflitti necessariamente sempre attuali - da resistenza».

⁸⁷ Con riguardo all'autotutela esecutiva e di esecutorietà del provvedimento in particolare, occorre osservare che l'art. 21-ter della legge n. 241/1990 contiene specifiche affermazioni in merito all'esecutorietà del provvedimento. In particolare, è previsto il potere di imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei confronti dei destinatari dei provvedimenti. La norma prevede, inoltre, una riserva di legge rinviando ai casi e alle modalità stabilite dalla normativa in materia: «nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti». Tale norma prende posizione sul problema se il potere di imporre l'esecuzione sia implicitamente compreso nel potere di provvedere o necessiti di una espressa e puntuale previsione normativa, risolvendolo nel secondo senso, come già la dottrina, del resto, pacificamente riteneva. Il potere di esecuzione coattiva non è, pertanto, un potere generale, al contrario la citata norma esclude il potere di esecuzione fuori dei casi espressamente e singolarmente previsti dalle leggi. L'autotutela esecutiva deve, quindi, essere attribuita alla Pubblica Amministrazione da una disposizione di legge specifica che le consente di poter agire in via diretta ed immediata al fine di dare attuazione ai propri provvedimenti.

⁸⁸ Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010, p. 436; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2008, pp. 488-489; Cfr. anche M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa, Principi operativi e ambiti operativi*, Milano, 2006, p.21, il quale evidenzia che «secondo l'insegnamento tradizionale, il potere di ritiro o di riesame degli atti amministrativi, che si concreta nella revoca e nell'annullamento, costituisce un'espressione del potere di autotutela. In particolare, la manualistica riconduce il potere di ritiro nell'ambito dell'autotutela decisoria, ossia nel potere amministrativo di risolvere i conflitti attraverso un'autonoma determinazione, senza necessità di ricorrere all'autorità giudiziaria».

- conservazione del provvedimento che, a seguito di una rinnovata valutazione, non presenti alcun tipo di vizio;
 - sanatoria del provvedimento che, sempre a seguito di un secondo esame da parte della Pubblica Amministrazione, sia riconosciuto viziato, ma di cui sia possibile e si intenda mantenere gli effetti⁸⁹.
- iii) autotutela preventiva, la quale si concretizza, durante la fase procedimentale, nell'attività preordinata ad evitare l'emissione di un provvedimento invalido, oppure, in sede di controllo, nell'attività tesa a precludere la sua efficacia⁹⁰.

In tale ambito, preminente importanza riveste l'autotutela decisoria e nell'ambito di questa, il potere di ritiro degli atti amministrativi. Gli atti di ritiro si configurano quali atti di secondo grado, così definiti in quanto vanno ad incidere su precedenti provvedimenti, al termine di altrettanti procedimenti di secondo grado. La caratteristica principale degli atti di ritiro è che si tratta di atti a contenuto negativo, emanati nell'esplicazione di un potere finalizzato ad eliminare un precedente provvedimento⁹¹.

Nell'ambito degli atti di ritiro rientrano:

- i) l'annullamento d'ufficio, che costituisce un atto di ritiro con effetti retroattivi. Tale istituto viene utilizzato dalla Pubblica Amministrazione per «porre nel nulla» il provvedimento affetto da vizio di legittimità, in presenza di un interesse pubblico concreto ed attuale che richieda un intervento caducatorio⁹²;
- ii) la revoca, che è, invece, un atto di ritiro con effetti non retroattivi. Tale atto non presuppone un vizio di legittimità, bensì una nuova valutazione dell'opportunità

⁸⁹ Così M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa, Principi operativi e ambiti operativi*, op. cit., p.10.

⁹⁰ Cfr. A. LIBERATI, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006, p.10.

⁹¹ Cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Vol. I, *I Principi*, Milano, 2001, pp. 129-132, dove viene evidenziato che «gli atti di ritiro costituiscono manifestazioni di autotutela. In forza dell'autotutela, l'amministrazione provvede ad eliminare i propri atti illegittimi o inopportuni in sede riesane di ufficio dell'atto (annullamento, revoca, abrogazione)». L'autore propone poi una classificazione degli atti di ritiro in due grandi categorie: «a) atti che incidono sull'atto: tali atti eliminano l'atto e solo indirettamente incidono sul rapporto che si è instaurato in base all'atto stesso. In questa categoria rientrano l'annullamento, la revoca, l'abrogazione ed il mero ritiro; b) atti che incidono sul rapporto: tali atti modificano o estinguono il rapporto costituito in base all'atto amministrativo: essi esplicano effetti non già sulla esistenza dell'atto, bensì sulla sua efficacia, dal momento che, venuto meno il rapporto, l'atto non è più idoneo ad esplicare gli effetti suoi propri. Tipico atto di ritiro che incide sul rapporto è la pronuncia di decadenza. Ad esempio, nell'ipotesi in cui, per le inadempienze del concessionario, la concessione viene dall'autorità amministrativa dichiarata decaduta (decadenza sanzionatoria), il rapporto viene risolto, mentre l'atto, pur continuando ad esistere e pur potendo continuare a disciplinare i poteri dell'amministrazione, non è idoneo ad esplicare i suoi effetti a favore del destinatario, non potendo quest'ultimo esercitare le facoltà inerenti alla concessione».

⁹² Cfr. A. LIBERATI, *L'autotutela amministrativa*, op. cit., p. 74, al riguardo, l'autore evidenzia che «in questa prospettiva non è difficile inquadrare il potere di annullamento nell'ambito del potere di ritiro della pubblica amministrazione, cioè nella facoltà di modificare o estinguere gli effetti prodotti da un precedente provvedimento dell'amministrazione medesima, rispetto al quale l'atto di ritiro si pone in termini di atto di secondo grado».

del provvedimento ritirato;

- iii) l'abrogazione detta anche revoca per sopravvenienze o revoca in senso improprio, è motivata da circostanze sopravvenute. Essa si concreta in un provvedimento con il quale la Pubblica Amministrazione, per mutate condizioni di fatto, fa cessare l'efficacia di un precedente provvedimento amministrativo;
- iv) la decadenza costituisce un atto di ritiro che fa cessare gli effetti dell'atto con effetto *ex nunc*. Tale figura consegue ad una serie eterogenea di evenienze, quali: l'inadempimento di obblighi imposti dal provvedimento; il venir meno dei requisiti di idoneità richiesti per la costituzione e la continuazione del rapporto tra Pubblica Amministrazione e amministrato; il mancato esercizio per un determinato periodo di tempo di facoltà che derivano dal provvedimento.
- v) il mero ritiro si manifesta con riguardo a provvedimenti inefficaci o perché privi di un requisito di esecutività, ovvero perché privi di un requisito di obbligatorietà (es. comunicazione ai destinatari).

In tale contesto, particolare importanza riveste l'istituto dell'annullamento d'ufficio, oggi codificato nella norma di cui all'art. 21-nonies della legge n.241/1990. L'annullamento d'ufficio, sebbene possa disporsi anche per finalità di controllo, tende a coincidere con il c.d. «annullamento in autotutela», tipico provvedimento amministrativo di secondo grado, attraverso il quale la Pubblica Amministrazione esercita d'iniziativa, «pur sempre agendo per la cura dell'interesse pubblico, la potestà di eliminare dal mondo giuridico, in esito ad una procedura di riesame, precedenti atti adottati in proprio o da altro organo (in genere, gerarchicamente subordinato)»⁹³.

La potestà amministrativa di annullamento d'ufficio viene ricondotta nell'ambito dell'autotutela amministrativa decisoria, essa non solo ha la funzione di riesame di precedenti atti, ma è caratterizzata anche dall'intimo «finalismo di assicurare il permanente adeguamento delle determinazioni amministrative al continuo mutare degli interessi affidati alla cura istituzionale delle pp.aa.»⁹⁴.

In tale ultima prospettiva, l'annullamento assolve al compito di risolvere in via

⁹³ Così G. CORLETTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo*, (Leggi n.15 e n.80 del 2005), Padova, 2005, p.489, al riguardo, occorre distinguere necessariamente l'*autoannullamento*, che si verifica quando l'organo che ritira il provvedimento sia lo stesso che ebbe ad adottarlo, dall'*annullamento gerarchico*, allorché detto organo sia sovraordinato rispetto a quello adottante,

⁹⁴ Così G. CORLETTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo*, *op. cit.*, p.489, l'autore evidenzia che «la potestà demolitoria di provvedimenti, propri o altrui, è un'altra espressione del privilegio dell'amministrazione di "farsi ragione da sé"».

anticipata i conflitti potenziali tra cittadini e Pubblica Amministrazione. Al riguardo, è importante osservare che a differenza dell'autotutela esecutiva, la potestà amministrativa di annullamento costituisce un'espressione di un potere generale della Pubblica Amministrazione e in quanto tale esercitabile indipendentemente da un'esplicita previsione normativa⁹⁵.

La discrezionalità costituisce uno dei tratti distintivi di tutte le figure di ritiro, ivi compreso l'annullamento d'ufficio; infatti, l'art.21-nonies legge n.241/1990, nel prevedere che «il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio», conferma la natura discrezionale del provvedimento di annullamento d'ufficio⁹⁶. Così come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, l'atto amministrativo nel vigente ordinamento può essere rimosso o su impulso del privato, titolare di un interesse legittimo concreto ed attuale, che lo impugni in via amministrativa o giurisdizionale, oppure d'ufficio attraverso l'esercizio del potere di autotutela.

Tuttavia, di fronte ad una domanda di riesame l'amministrazione «non ha alcun obbligo di rispondere, in quanto i provvedimenti di autotutela sono manifestazione dell'esercizio del potere tipicamente discrezionale, per cui la stessa Amministrazione non ha l'obbligo di attivarlo». Inoltre, anche quando la Pubblica Amministrazione intenda rispondere alla domanda del privato «deve valutare la sussistenza o meno di un interesse

⁹⁵ L'art. 21-nonies della legge n.241/1990 non rinvia, come l'art.21.ter relativo alla esecutorietà, ai casi stabiliti dalla legge, ma esso stesso fornisce copertura positiva alla potestà di annullamento, che, quindi, può effettivamente considerarsi generale.

⁹⁶ Al riguardo va però rilevato che l'annullamento è, invece, doveroso «quando imposto da una sentenza passata in giudicato del giudice ordinario, da cui risulti l'illegittimità dell'atto. La p.a., infatti, è tenuta ad uniformarsi alla sentenza del giudice», così R. PROIETTI, *Commento all'art.21-nonies, in Commentario alla legge sul procedimento amministrativo, l. n.241 del 1990 e successive modificazioni*, a cura di S. COGLIANI, Padova, 2007, pp. 879.

Sussisterebbero poi altre situazioni in cui l'annullamento sarebbe doveroso, quindi, non discrezionale e, pertanto, indipendente dalla valutazione di interessi pubblici e privati, «assumendo caratteri assai prossimi all'esercizio di una funzione di controllo». Si tratterebbe delle ipotesi «di illegittimità dell'atto dichiarata da una sentenza del giudice ordinario passata in giudicato, ovvero da un'autorità di controllo cui non compete la potestà di annullamento, oppure ancora nell'ipotesi di atto consequenziale rispetto ad un atto presupposto nullo», così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo, op. cit.*, pp.569.570.

«Nel corso del tempo, la giurisprudenza amministrativa ha individuato alter fattispecie che derogano alla regola generale dell'annullamento d'ufficio discrezionale». Un caso emblematico riguarda l'atto amministrativo assunto in violazione di norme costituzionali; in tale caso il giudice amministrativo ritiene che l'interesse pubblico annullamento d'ufficio sia «*in re ipsa* per l'assoluta preminenza dei valori di rango costituzionale» rispetto a qualsiasi altra esigenza. Altro caso di annullamento doveroso è rappresentato dai provvedimenti che comportano l'illegittimo esborso di somme di denaro, «ed in ragione dei rischi di danno erariale che tali provvedimenti si ricollegano, l'annullamento d'ufficio deve configurarsi come doveroso, dal momento che la sussistenza dell'interesse pubblico al ritiro dell'atto è in *re ipsa*. In questi casi, l'economicità nella gestione delle risorse pubbliche è ritenuto un interesse pubblico sempre prevalente sulla tutela dell'affidamento privato», così G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile, op. cit.*, pp.17-18.

che giustifichi la rimozione dell'atto, valutazione della quale essa è titolare e che non può ritenersi dovuta nel caso di una situazione già definita con provvedimento inoppugnabile»⁹⁷.

Con riguardo ai presupposti dell'annullamento d'ufficio, oltre alla competenza dell'organo procedente, stando alla lettera dell'art. 21-nonies legge n.241/1990 essi vanno individuati:

- i) nell'illegittimità del provvedimento da annullare;
- ii) nella sussistenza delle ragioni di attuale interesse pubblico all'eliminazione dell'atto riesaminato;
- iii) nel rispetto di un «termine ragionevole»;
- iv) valutando e tenendo conto degli interessi dei «destinatari e dei controinteressati».

L'annullamento in autotutela, avendo la finalità di tutelare l'interesse pubblico, si distingue, pertanto, dall'annullamento giurisdizionale, il quale ha la finalità di tutelare le situazioni giuridiche dei privati: «il rilievo concorre a spiegare perché, accanto alla illegittimità dell'atto, occorra anche la sussistenza di un interesse pubblico che giustifichi l'eliminazione dell'atto medesimo e dei suoi effetti»⁹⁸.

Al riguardo, acuta dottrina ha osservato che l'annullamento d'ufficio, così come ricostruito e normativamente disciplinato, «non ha lo scopo di eliminare l'atto (l'eliminazione dell'atto è lo strumento per raggiungere uno scopo altro), ma serve invece a tutelare un interesse pubblico specifico e diverso dal ripristino della legalità, sulla base di

⁹⁷ Così Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 11 aprile 1995, n.576, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁸ Così E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 569; sul punto cfr. A. SITRAN, Annullamento d'ufficio, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa, commento alla legge n.241 del 1990 aggiornato alle leggi n.15 e n.80 del 2005* a cura di R. TOMEI, Padova, 2005, pp.672-673, dove viene evidenziato che il provvedimento non può essere annullato se, «malgrado la sua invalidità, abbia determinato una situazione nella quale l'interesse pubblico trova comunque soddisfazione al pari di un atto immune da vizi, quale un provvedimento illegittimo per violazione di legge ma che reca misure idonee a curare l'interesse pubblico ed in relazione al quale non si rinvergono motivi per l'annullamento, dal momento che è proprio l'interesse pubblico stesso che esige che esso continui a regolare la situazione considerata. Può infatti accadere che la pubblica amministrazione, pur avendo constatato l'illegittimità dell'atto, si renda conto che l'eliminazione di esso possa rilevarsi in contrasto con il pubblico interesse in quanto, alterando situazioni da tempo consolidate, rechi maggior turbamento della sua conservazione»; cfr. anche V. ANTONELLI, Commento all'art.21-nonies, in *La pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge n.241/1990 riformata dalle leggi n.15/2005 e n.80/2005*, a cura di N. PAOLOANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, pp. 659-660, dove viene rilevato che «affinché l'amministrazione possa annullare d'ufficio il provvedimento amministrativo illegittimo devono sussistere ragioni di interesse pubblico. La pregnante finalizzazione dell'agire amministrativo, per cui compito dell'amministrazione è quello di soddisfare sempre l'interesse pubblico, comporta che l'invalidità del provvedimento non è sufficiente a giustificare la caducazione, perché esso pur illegittimo, può aver tuttavia conseguito quell'obiettivo e, soprattutto, la sua eliminazione può provocare inconvenienti maggiori, sempre sul piano dell'interesse pubblico, alla conservazione»; cfr. R. PROIETTI, *Commento all'art.21-nonies, in Commentario alla legge sul procedimento amministrativo, l. n.241 del 1990 e successive modificazioni*, op. cit., pp.878-884.

una valutazione che presenta un merito riservato»⁹⁹. In effetti, uno dei fondamentali elementi caratterizzanti l'autotutela annullatoria è dato da un potere permeato di discrezionalità in ogni sua fase: in ordine al *se* esercitarlo e in ordine al *come* esercitarlo.

Dunque, i presupposti essenziali per esercitare il potere generale di annullamento d'ufficio sono costituiti non solo dall'illegittimità del provvedimento, ma anche dalla sussistenza, così come in ogni esercizio della potestà di autotutela, di «ragioni di interesse pubblico».

L'interesse pubblico cui fa riferimento l'art. 21-nonies, non va ridotto alla mera esigenza di ripristinare la legalità formale violata; è, invece, necessario che esista un interesse pubblico specifico e concreto all'adozione dell'atto di ritiro, di cui l'amministrazione dovrà dare esatto conto nella motivazione dell'annullamento.

Tale ultimo aspetto dell'autotutela può suscitare perplessità soprattutto alla luce della considerazione che «non vi è interesse pubblico più alto di quello dell'osservanza della legge»¹⁰⁰. Tale elemento, per essere compreso, va analizzato alla luce dei mutamenti che hanno interessato, negli ultimi anni, l'ordinamento giuridico italiano, anche grazie all'influenza dei principi di derivazione europea della certezza del diritto e del legittimo affidamento.

Come anticipato, negli ultimi venti anni, il quadro ordinamentale è stato interessato da mutamenti che hanno «prodotto l'attenuarsi della logica gerarchica (tra le amministrazioni, ma anche tra amministrazioni e privati) e, al suo posto, hanno favorito la progressiva affermazione del principio di collaborazione (istituzionale, ma anche tra amministrazioni e privati). Il risultato di questi cambiamenti “culturali” è che, nell'ordinamento contemporaneo, si fatica sempre più a individuare un “interesse primario” riservato all'amministrazione procedente». Tale cambiamento di prospettiva è positivizzato nella

⁹⁹ Così S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2013, p.220. Al riguardo, cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 6234, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui viene evidenziato che «il riesame di legittimità del provvedimento amministrativo ai fini del suo annullamento in via di autotutela implica l'esercizio di una potestà discrezionale rimessa alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione. La stessa novella introdotta dall' art. 21 “nonies” della legge n. 241/1990 ribadisce che il provvedimento illegittimo “*può essere annullato d'ufficio sussistendo le ragioni di interesse pubblico*”, con scelta quindi che, ancorché in presenza di vizi afferenti alla validità dell' atto, resta subordinata ad una preventiva valutazione di opportunità dell'Amministrazione».

¹⁰⁰ Cfr. F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Vol. I, *Monografie e manuali*, op.cit., p. 528, l'autore in particolare afferma che «l'autotutela non è uno strumento di sopraffazione ma uno strumento di giustizia. Essa può dunque essere esercitata [ai fini di restaurare il] [solo nell'ambito di una attuazione del] diritto obbiettivo violato. Per questa ragione l'esercizio dell'autotutela persegue fini di giustizia, e ciò non è mai in contrasto con lo scopo della Pubblica Amministrazione che è il perseguimento dell'interesse pubblico, perché non vi è interesse pubblico più alto di quello dell'osservanza della legge».

novella del 2005 che, introducendo l'art.21-nonies, ha «significativamente ridimensionato l'interesse pubblico primario a vantaggio di (altri) interessi privati e pubblici, facenti capo ai destinatari e ai controinteressati, che vengono ora ad assumere pari spessore e rilievo ai fini dell'esercizio del potere di annullamento»¹⁰¹.

L'annullamento d'ufficio è, infatti, subordinato ad una corretta ponderazione degli effetti dell'atto di secondo grado sulle posizioni consolidate dei soggetti, che su quell'atto annullato hanno riposto un ragionevole affidamento. L'annullamento d'ufficio presuppone, difatti, il riscontro circa la sussistenza di un interesse pubblico che in concreto prevalga sull'affidamento ingenerato nel privato.

In definitiva, «legittimo affidamento nella stabilità dell'atto e dovere di ritirare l'atto per riportare la situazione a legalità: sono questi, oggi, i poli concettuali tra cui oscilla il potere di annullamento d'ufficio, attratto ora dalla conservazione, ora dal cambiamento»¹⁰².

Sul punto la posizione della giurisprudenza è nettissima.

Nel caso di annullamento in sede di autotutela amministrativa, è del tutto pacifica la necessità di motivare in ordine all'esistenza di un interesse pubblico al ritiro di un atto ritenuto viziato; l'autorità amministrativa è, infatti, tenuta a procedere ad un raffronto fra l'interesse pubblico posto alla base dell'annullamento, e l'interesse privato compromesso dall'atto di ritiro medesimo, potendo il primo prevalere solo se meritevole di un maggiore riconoscimento, ritenendosi, inoltre, incongrua una motivazione che faccia solo riferimento all'interesse al ripristino della legalità¹⁰³.

In sintesi, per consolidata giurisprudenza:

- i) l'annullamento d'ufficio presuppone la presenza di un interesse pubblico che non si identifica con il mero ripristino della legalità violata, bensì richiede ragioni diverse, desunte dall'adeguata ponderazione comparativa degli interessi coinvolti, con obbligo di tener conto del tempo trascorso, delle posizioni consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento tenuto dalla Pubblica Amministrazione;

¹⁰¹ Così G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 16, l'autore evidenzia, inoltre, che il riferimento ai destinatari e controinteressati «ha come effetto quello di accentuare la valutazione comparativa del legittimo affidamento ad essi riposto nella *stabilità* delle relazioni giuridiche derivanti dall'efficacia dell'atto, da una parte, e nel *dovere* della pubblica amministrazione di porre prontamente rimedio agli atti illegittimi e alle situazioni antigiuridiche che recano un pregiudizio ai titolari di posizioni giuridiche qualificate, dall'altro».

¹⁰² Così G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. ult. cit., p. 16.

¹⁰³ Così Consiglio di Stato, Sez. V, 24 febbraio 1995, n. 243, in *Giur. it.*, 8-9, 1995.

- ii) l'esercizio del potere di annullamento in autotutela presuppone, inoltre, una congrua motivazione sull'interesse pubblico attuale e concreto, a sostegno dell'esercizio discrezionale dei poteri di autotutela e idonea ad esternare anche le valutazioni effettuate in relazione alle posizioni dei destinatari dell'atto¹⁰⁴.

In forza dell'art.21-nonies legge n.241/1990, vengono, quindi, superate le residue perplessità di quella giurisprudenza che, soprattutto in riferimento ai provvedimenti vincolati, intravedeva nella mera sussistenza dell'illegittimità una sufficiente giustificazione del ritiro. Inoltre, come emerge dal testo della norma, l'interesse pubblico primario costituisce soltanto uno, e nemmeno il principale, degli elementi di cui la Pubblica Amministrazione deve tener conto nell'esercizio del potere di autotutela. La norma in commento, opera, infatti, un chiaro rinvio ai principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento quali elementi imprescindibili di cui tener conto nell'esercizio del potere di autotutela.

Si assiste, in sintesi, al «declino dell'interesse pubblico primario nel diritto interno»¹⁰⁵, ciò comporta la necessità di ripensare la teoria, sostenuta in dottrina, in base alla quale il rispetto della legalità europea «rappresenterebbe un interesse superiore, dotato di prevalenza su tutti gli altri, da cui deriverebbe un vero e proprio vincolo»¹⁰⁶ per la Pubblica Amministrazione di provvedere al ritiro dei provvedimenti contrastanti con il diritto dell'Unione europea.

4.2. ATTO AMMINISTRATIVO «ANTICOMUNITARIO» E AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA

In tale contesto normativo, si pone il problema di valutare se nell'ordinamento giuridico italiano sussista o meno un obbligo per la Pubblica Amministrazione di dare inizio ed eventualmente concludere, con esito eliminatorio, un procedimento in autotutela a fronte di un atto amministrativo contrastante con il diritto europeo.

Come evidenziato il vizio di «anticomunitarietà» va ricondotto alla generale categoria dell'illegittimità-annullabilità degli atti amministrativi invalidi. Lo strumento di cui le Amministrazioni sono dotate per porre rimedio ad un'attività amministrativa viziata è l'annullamento d'ufficio: procedimento amministrativo discrezionale, ad esito eliminatorio,

¹⁰⁴ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 aprile 2010, n.2178, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 dicembre 2009, n.8529, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁵ Così G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. ult. cit., p. 17.

¹⁰⁶ Così G. GARDINI, op. ult. cit., p. 17.

con effetti retroattivi. Inoltre, in tale tipologia di procedimento l'interesse al mero ripristino della legalità violata non costituisce elemento di per sé sufficiente a conferire legittimità ad un provvedimento eliminatorio, ma risulta necessaria una ponderazione dell'interesse pubblico coinvolto.

In concreto, occorre comprendere se l'attivazione del procedimento di autotutela decisoria sia o meno necessaria e, quindi, obbligatoria per l'Amministrazione: ciò equivale a chiedersi «se l'interesse pubblico al ripristino della legalità comunitaria violata sia o meno sufficiente a giustificare la pretermissione di ogni altro interesse rilevante e tale da rendere discrezionale la scelta sull'attivazione del procedimento, come tradizionalmente si ritiene»¹⁰⁷. In altre parole si tratta di tratteggiare «i confini di una “funzionalizzazione comunitaria” delle norme interne che prevedono poteri, in capo all'amministrazione, di “revocare” provvedimenti illegittimi»¹⁰⁸.

Al riguardo, le soluzioni astrattamente proponibili sono tre:

- i) che la Pubblica Amministrazione nazionale sia obbligata, in ogni caso, all'annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto europeo;
- ii) che l'autorità pubblica sia tenuta unicamente ad avviare il relativo procedimento di secondo grado, affidando, invece, il relativo esito alla valutazione discrezionale dell'autorità stessa;
- iii) che il procedimento di secondo grado ad esito eliminatorio sia sottoposto alle medesime regole di discrezionalità, nell'*an* e nel *quomodo*, che caratterizzano l'autotutela nel caso di provvedimenti amministrativi contrastanti con norme di diritto interno.

La dottrina e la giurisprudenza oscillano tra le diverse soluzioni, argomentando in modo più o meno convincente¹⁰⁹. Parte della dottrina, in senso critico e con riguardo alle prime due soluzioni, ha osservato che se si ammettesse che la Pubblica Amministrazione, è tenuta all'annullamento dell'atto «antieuropeo» definitivo, coerentemente, nel caso di violazione di tale obbligo, si dovrebbe riconoscere al soggetto portatore di una posizione

¹⁰⁷ Così A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, op. cit., p.165.

¹⁰⁸ Così D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, p. 64;

¹⁰⁹ Sul punto, cfr. A. LIBERATI, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006, pp.65-70; A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, op. cit., p.165.

giuridica soggettiva differenziata il potere di rivolgersi al giudice amministrativo per contestare l'omissione dell'autorità amministrativa. Inoltre, risulterebbe necessario imporre al giudice adito l'obbligo di rimediare all'inerzia dell'Amministrazione pronunciando l'annullamento dell'atto. In sintesi, si dovrebbe ammettere che anche il giudice ha la facoltà di annullare un provvedimento dopo la scadenza dei termini di impugnazione¹¹⁰.

In tale ambito, è stato osservato che la diversa rilevanza tra esposte tesi si incentra di fatto sull'aspetto temporale; infatti, in caso di assoluta doverosità, il tempo non avrebbe alcuna rilevanza ai fini decisionali, viceversa «se l'annullamento dovesse essere considerato discrezionale non potrebbe non tenersi in debito conto il lasso di tempo trascorso» dall'eliminazione dell'atto e della rilevanza dell'interesse pubblico da curare¹¹¹.

4.2.1. LA POSIZIONE DEL GIUDICE INTERNO

La maggioritaria giurisprudenza nazionale, tranne poche eccezioni, ha affermato che l'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo, costituisce un provvedimento discrezionale anche quando ad essere violate siano norme dell'Unione europea.

Al riguardo, va, però, osservato che in una prima fase il giudice amministrativo, in riferimento all'autotutela volta all'annullamento di atti amministrativi contrastanti con il diritto europeo, ha affermato che l'interesse pubblico al ritiro del provvedimento è da considerare non solo in *re ipsa*, ma anche sempre prevalente su altri interessi privati a sostegno della conservazione dell'atto¹¹².

Tale orientamento giurisprudenziale faceva leva sul principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, paragrafo 3 TUE, in base al quale «gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione». Successivamente, questa lettura è stata rivisitata in favore dei principi dell'autonomia processuale e procedimentale degli Stati membri.

¹¹⁰ Cfr. G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo (Leggi n.15 e n.80 del 2005)*, Padova, 2005, pp. 505-508; F. SPITALERI, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti definitivi della Pubblica Amministrazione*, in *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, a cura di F. SPITALERI, *Quaderni della Rivista, Il diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009, pp.22-23.

¹¹¹ Così A. LIBERATI, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006, pp.65-70; A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, op. cit., pp.68-69.

¹¹² Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 5 giugno 1998, n. 918, in *Giur. it.*, n.1/1999.

Più di recente, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha mutato orientamento ed ha negato che nelle ipotesi di violazione del diritto europeo, l'esercizio dell'autotutela demolitoria sia configurabile come obbligatoria, evidenziando, in particolare, che «anche nell'ordinamento comunitario la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria una attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo». Il giudice amministrativo ha aggiunto, inoltre, che anche dall'analisi della giurisprudenza europea si ricava che «l'esercizio dei poteri di autotutela non può essere configurato in termini di doverosità con la conseguenza che il vizio della violazione del diritto comunitario non comporta il necessario, e sostanzialmente vincolato, esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione (tesi prospettata da Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 1998, n. 918, che comporterebbe però la totale svalutazione degli elementi dell'affidamento del privato e del decorso del tempo, valorizzati proprio dalla Corte di Giustizia)»¹¹³.

Tale mutamento giurisprudenziale è, innanzitutto, avvenuto a seguito della valorizzazione del dato normativo di cui all'art.21-nonies legge n. 241/1990, dove vi è un esplicito richiamo agli «interessi dei destinatari e dei controinteressati». Inoltre, si è fatto ricorso al tradizionale argomento della «regola dell'equivalenza verticale», in base alla quale l'ordinamento europeo non può chiedere ai sistemi giuridici degli Stati membri rimedi più incisivi rispetto a quelli da esso predisposti per vicende analoghe¹¹⁴.

In particolare, nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo l'illegittimità dell'atto non costituisce un elemento sufficiente per la sua rimozione, poiché è necessaria una attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, non sono, pertanto, ravvisabili motivi per obbligare a ciò gli ordinamenti nazionali.

La giurisprudenza interna, dopo aver sostenuto, in un primo momento, la doverosità

¹¹³ Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, in *Giur. it.*, n.12/2006; in senso analogo, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263, in *Giur.it.*, n.2/2009, dove il Collegio ritiene che «un provvedimento amministrativo, [...] il cui contenuto sia in contrasto con norme o principi comunitari, non possa essere disapplicato dall'amministrazione, *sic et simpliciter*, ma debba essere rimosso con il ricorso ai poteri di autotutela di cui la stessa amministrazione dispone. L'esercizio di tali poteri, peraltro, deve ritenersi soggetto, anche in questi casi, ai principi che sono a fondamento della legittimità dei relativi provvedimenti, rappresentati dalla contemporanea presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto, se si tratta di situazioni consolidate o di atti che abbiano determinato un legittimo affidamento in coloro che ne sono interessati, e dalla osservanza delle garanzie che l'ordinamento appresta per i soggetti incisi dall'atto di autotutela, prima fra tutte quella di consentire ai soggetti interessati di partecipare al relativo procedimento». Sull'argomento cfr. anche A. OLESSINA, *L'esercizio dell'autotutela rispetto a decisioni pluristrutturate contrastanti con il diritto comunitario*, in *Giur.it.*, n.12/2006.

¹¹⁴ Cfr. M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, p. 172.

dell'autotutela annullatoria degli atti contrastanti con il diritto europeo, ha, quindi, affermato la permanenza di una scelta discrezionale in capo alla Pubblica Amministrazione, «ancorché legata ad esigenze europee». Attualmente la giurisprudenza nazionale «esclude ogni automatismo nell'adozione dell'atto di autotutela. I principi codificati dalla legge sul procedimento non sono derogati, sicché l'esercizio di tale poter non può configurarsi in termini di doverosità»¹¹⁵.

4.2.2. LA POSIZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

A premessa dell'analisi delle pronunce della Corte di giustizia rilevanti per l'argomento, risulta necessaria una precisazione di ordine terminologico: il giudice europeo utilizza, quasi sempre, il termine «revoca», non solo per indicare veri e propri provvedimenti di revoca, ma anche con riguardo a provvedimenti che, per il diritto italiano, andrebbero invece classificati come provvedimenti di annullamento d'ufficio o di mero ritiro.

Ciò premesso, va rilevato che il giudice europeo ha sempre subordinato la legittimità degli atti di ritiro di provvedimenti delle istituzioni europee alla «ponderazione dell'interesse pubblico alla legalità con quello dei singoli privati alla tutela dell'affidamento che quelli hanno ragionevolmente riposto nella stabilità dell'azione amministrativa, anche se invalida»¹¹⁶.

Tale orientamento viene ritenuto dai giudici europei assolutamente rilevante anche nel caso di atti di ritiro, da parte delle Pubbliche Amministrazioni nazionali, di provvedimenti viziati da «anticomunitarietà». Inoltre, la giurisprudenza europea non impone che l'autorità amministrativa nazionale sia sempre obbligata ad esaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza dei termini ragionevoli di ricorso, oppure

¹¹⁵ Così M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, op. ult. cit., p. 173.

¹¹⁶ Così A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, op. cit., p.158; sul punto cfr. Corte di giustizia, 17 aprile 1997, causa C-90/95, *Henri de Compté c. Parlamento europeo*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>, in particolare punto 35 dove viene evidenziato che «la revoca retroattiva di un atto amministrativo favorevole è generalmente soggetta a condizioni molto rigorose (v. sentenza 9 marzo 1978, causa 54/77, *Herpels/Commissione*, Racc. pag. 585, punto 38). Secondo una giurisprudenza costante, se bisogna riconoscere ad ogni istituzione comunitaria che accerta che un atto da essa appena emanato è viziato da illegittimità il diritto di revocarlo con effetto retroattivo entro un termine ragionevole, tale diritto trova un limite nella necessità di rispettare il legittimo affidamento del beneficiario dell'atto, che ha potuto far affidamento nella legittimità di quest'ultimo (sentenze 3 marzo 1982, causa 14/81, *Alpha Steel/Commissione*, Racc. pag. 749, punti 10-12; 26 febbraio 1987, causa 15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commissione*, Racc. pag. 1005, punti 12-17; 20 giugno 1991, causa C-248/89, *Cargill/Commissione*, Racc. pag. I-2987, punto 20, e causa C-365/89, *Cargill*, Racc. pag. I-3045, punto 18)».

in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, e ciò conformemente al principio di certezza del diritto.

In tale ottica, va, però, evidenziato che, nonostante si sia tradizionalmente affermato il principio dell'insufficienza dell'interesse al ripristino della legalità per giustificare un procedimento di secondo grado con esiti eliminatori, alcune pronunce della Corte di giustizia hanno lasciato intravedere un cambio di rotta in tale orientamento. Infatti, in alcune pronunce, la Corte europea sembra, in qualche modo, mettere in dubbio il principio della discrezionalità dei provvedimenti amministrativi di secondo grado, con esiti eliminatori, dei provvedimenti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto europeo.

In particolare, il giudice europeo sembra giungere a tali conclusioni facendo leva sul principio dell'effettività del diritto europeo, nonché sul principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, paragrafo 3 TUE, in base al quale «gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione».

Al riguardo, occorre, però, evidenziare che la Corte di giustizia se da un lato sembra, in alcune sentenze, sostenere il principio dell'obbligatorietà del ritiro degli atti amministrativi «anticomunitari», senza che assuma rilievo la scadenza dei termini nazionali, dall'altro «non è mai assolutamente precisa, ma soprattutto decisa, nel prendere una seria posizione sull'argomento»¹¹⁷. In dottrina è stato, inoltre, evidenziato che «alle enunciazioni di principio, relative al pieno rispetto dell'ordinamento sostanziale e processuale degli Stati membri, si accompagnano deroghe, eccezioni e particolarità delle vicende processuali che, in forza del rispetto del principio di effettività [...] conducono di fatto a soluzioni opposte»¹¹⁸.

Nella pronuncia resa nel caso *Delena Wells*¹¹⁹ la Corte, nell'affermare il principio dell'obbligo di ritiro, fa, comunque, salvo il principio dell'autonomia procedurale degli Stati. In particolare viene ribadito che i provvedimenti di ritiro necessari all'eliminazione di atti amministrativi «anticomunitari» sono subordinati al limite dell'autonomia procedurale degli Stati.

In tale caso il giudice europeo era stato chiamato a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla sussistenza dell'obbligo per le Amministrazioni nazionali di riesaminare ed

¹¹⁷ Così A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, op. cit., pp.160-161.

¹¹⁸ Così M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, op. ult. cit., p. 165.

¹¹⁹ Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *The Queen, su domanda di Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

eventualmente rimuovere una autorizzazione amministrativa rilasciata senza previa valutazione di impatto ambientale ex art. 2, n.1 della direttiva 85/337/CEE.

La Corte pur evidenziando che sussiste «l'obbligo per lo Stato membro interessato di garantire che le autorità competenti valutino l'impatto ambientale» e che, «ai sensi del principio di leale collaborazione previsto dall'art. 10 CE, gli Stati membri hanno l'obbligo di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario», afferma che «spetta al giudice nazionale accertare se il diritto interno preveda la possibilità di revocare o di sospendere un'autorizzazione già rilasciata al fine di sottoporre il detto progetto ad una valutazione dell'impatto ambientale». «Ne consegue che, qualora non siano state rispettate le disposizioni della direttiva 85/337, è compito dei giudici nazionali e delle autorità amministrative nazionali, [...] adottare tutte le misure necessarie, generali o specifiche, affinché il progetto in questione sia sottoposto ad una valutazione di impatto ambientale»¹²⁰.

Nella successiva sentenza resa nel noto caso *Kühne & Heitz*¹²¹, la Corte ribadisce che la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali del diritto dell'Unione e che tale principio, in linea di massima, implica che non vi è l'obbligo di riesaminare una decisione amministrativa che abbia acquisito carattere definitivo.

Tuttavia, la Corte di giustizia afferma che qualora si tratti di tener conto dell'interpretazione fornita nel frattempo dalla stessa Corte, circa una disposizione europea, il principio di leale collaborazione ex art.4, paragrafo 3 TUE, deve essere interpretato in modo tale, che esso impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare la sua decisione amministrativa definitiva.

In particolare, l'amministrazione è tenuta a riesaminare la decisione, ove ricorrano le seguenti condizioni:

- i) che l'organo amministrativo, sulla base del diritto nazionale, disponga del potere di ritornare sulla decisione;

¹²⁰ Così Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *The Queen, su domanda di Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

¹²¹ Corte di giustizia, 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, in <http://www.eur-lex.europa.eu>. In tale caso il quesito del giudice olandese verteva espressamente sulle implicazioni derivanti dal principio di cooperazione di cui all'art.4 TUE e mirava a chiarire «Se il diritto comunitario, nel quale in particolare si deve prendere in considerazione il principio dell'affidamento comunitario di cui all'art. 10 CE, in circostanze quali quelle descritte nella motivazione della presente ordinanza, comporti che un organo amministrativo sia tenuto a rivedere una decisione che è divenuta definitiva, al fine di assicurare la completa efficacia del diritto comunitario, così come quest'ultimo dev'essere interpretato in base a quanto risulta dalla soluzione data ad una successiva domanda di pronuncia pregiudiziale».

- ii) che la decisione sia divenuta definitiva in seguito a sentenza di un giudice di ultima istanza;
- iii) che la sentenza sia fondata su una interpretazione errata del diritto europeo, adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale;
- iv) che l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato di questa giurisprudenza.

Analizzando con attenzione la pronuncia, non emergono elementi tali da indurre a ritenere che la Corte abbia operato uno sconvolgimento degli equilibri tra i principi della certezza del diritto, dell'autonomia procedurale degli Stati, dell'intangibilità della cosa giudicata e della discrezionalità dei provvedimenti di autotutela decisoria.

Come evidenziato da autorevole dottrina, la prima delle quattro condizioni della sentenza *Kühne & Heitz* non impone nuovi rimedi sconosciuti al diritto nazionale, bensì semplicemente richiede l'utilizzazione di quelli che già esistono, «estendendone eventualmente l'ambito di applicazione per ricomprendervi fattispecie comunitariamente rilevanti in cui si ponga il problema di garantire, nel caso concreto, l'effettività» del diritto europeo. In sostanza, vi è unicamente una «funzionalizzazione dei rimedi previsti dal diritto nazionale e non l'imposizione di nuovi rimedi. Il tutto nell'ottica dei due criteri *Rewe*¹²² e di un'accezione estensiva dell'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario»¹²³. Nondimeno, occorre evidenziare che alla luce di tale sentenza se è vero

¹²² Nella sentenza resa nel noto caso *Rewe* (Corte di giustizia, 11 ottobre 1973, causa C-39/73, *Rewe-Zentralfinanz GmbH c. Direktor der Landwirtschaftskammer Westfalen-Lippe*), la Corte enuclea, quali limiti generali all'autonomia procedurale degli Stati membri, i due famosi «criteri *Rewe*» della parità di trattamento e dell'effettività.

¹²³ Così D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, op. cit., p. 68; cfr. anche D.U. GALETTA, *La giurisprudenza della corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in <http://www.ius-publicum.com>, in cui viene evidenziato che l'idea di un'auspicabile funzionalizzazione di strumenti già messi a disposizione dal diritto processuale nazionale, viene espressa dalla Corte di giustizia in un contesto tipico di diritto amministrativo. In particolare, vengono tratteggiati «i confini di una “funzionalizzazione comunitaria” delle norme interne che prevedono poteri, in capo all'amministrazione, di “revocare” provvedimenti illegittimi». Rilevano, a questo specifico riguardo, la sentenza *Alcan* del 1997 e le sentenze *Delena Wells* e *Kühne & Heitz* del 2004. Ma anche la sentenza *Kempter* del febbraio 2008. «In tutti questi casi emerge chiaramente, dalle pronunzie della Corte di giustizia, che non si tratta di imporre nuovi strumenti sconosciuti al diritto nazionale, bensì semplicemente di richiedere l'utilizzazione di quelli che già esistono, estendendone eventualmente l'ambito di applicazione per ricomprendervi fattispecie comunitariamente rilevanti in cui si ponga il problema di garantire, nel caso concreto, l'effettività del diritto UE. Vi è, cioè, unicamente una richiesta di funzionalizzazione degli strumenti già previsti dal diritto nazionale: il tutto nell'ottica dei due criteri *Rewe* e di un'accezione estensiva dell'obbligo di interpretazione conforme del diritto UE»; cfr. Tesaurò G., *Diritto dell'unione europea*, op. cit., pp. 214-216, in cui l'autore evidenzia che la sentenza *Kühne & Heitz* si è «limitata a ribadire il principio di equivalenza ed effettività dei rimedi giurisdizionali interni, che gli Stati membri devono utilizzare anche quando si tratta di violazioni del diritto comunitario. In quel caso, pertanto, solo se vi fosse stato un rimedio, in base al diritto nazionale (nella specie olandese), per rimettere in

che l'ordinamento europeo non esige la rimozione in autotutela degli atti amministrativi contrastanti con il diritto europeo, è pur vero che in base alla medesima pronuncia, al ricorrere di talune condizioni, un organo amministrativo nazionale è tenuto a riesaminare una decisione amministrativa definitiva, che risulti in conflitto con il diritto europeo. In sintesi, «non vi è per l'organo amministrativo un obbligo di annullare l'atto in autotutela, ma vi è comunque un dovere di avviare un procedimento di riesame (che può anche portare alla conferma dell'atto) al ricorrere di determinate condizioni»¹²⁴.

Nella successiva sentenza *i-21 Germany GmbH*, la Corte richiama la giurisprudenza *Kühne & Heitz*, sottolineando che «conformemente al principio di certezza del diritto, il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di massima, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale. Il rispetto di tale principio permette di evitare che atti amministrativi produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione all'infinito»¹²⁵. Tuttavia, la Corte evidenzia, anche che, in taluni casi il citato principio può essere limitato.

La Corte, inoltre, nel richiamare i due criteri *Rewe* come limite alla autonomia procedurale degli Stati membri, statuisce che «se le norme nazionali di ricorso obbligano a ritirare l'atto amministrativo illegittimo per contrarietà al diritto interno, pur se ormai atto definitivo, allorché il suo mantenimento è “semplicemente insopportabile”, identico obbligo deve sussistere a parità di condizioni in presenza di un atto amministrativo non conforme al diritto comunitario». Poiché «nel momento in cui, in applicazione di norme di diritto nazionale, l'amministrazione è tenuta a ritirare una propria decisione divenuta definitiva che risulti manifestamente incompatibile con il diritto interno, identico obbligo deve sussistere ove la manifesta incompatibilità sia con il diritto comunitario»¹²⁶.

discussione un atto amministrativo confermato da un giudicato, tale rimedio doveva poter essere attivato anche in caso di successivo accertamento del contrasto dell'atto con il diritto comunitario. Nessun timore, in definitiva, di deviazione dal principio del giudicato se ciò non sia previsto dal diritto nazionale». Al riguardo, viene poi aggiunto che le stesse considerazioni trovano applicazione anche al caso Lucchini, nel quale il giudice europeo si è limitato, «invero senza alternative ragionevoli, a far prevalere un atto comunitario divenuto definitivo e provvisto di effetto diretto su un successivo giudicato nazionale, peraltro nel merito a dir poco inquietante». Infatti, la sentenza del giudice civile italiano era stata emessa in spregio ai più elementari principi del diritto europeo, secondo i quali il giudice nazionale non ha alcuna competenza a dichiarare la compatibilità o l'incompatibilità degli aiuti di Stato.

¹²⁴ Così G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la “forza sovrana” dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. ult. cit., p. 22.

¹²⁵ Corte di giustizia, 19 settembre 2006, Cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany GmbH e Arcor AG & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland*, punto 51, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

¹²⁶ Corte di giustizia, 19 settembre 2006, Cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany GmbH e Arcor AG & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland*, punti 63 e 69, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

Trattasi in sostanza dell'applicazione del principio di equivalenza, riletto nell'ottica dell'obbligo di «funzionalizzare gli strumenti procedurali» offerti dal diritto interno, per garantire l'effettività del diritto europeo. Un dovere di funzionalizzazione che, tuttavia, non si spinge troppo oltre, in quanto spetta «al giudice nazionale di valutare se una regolamentazione chiaramente incompatibile con il diritto comunitario, come quella su cui sono fondati gli avvisi di liquidazione oggetto delle cause principali, sia manifestamente illegittima ai sensi del proprio diritto. Se tale si rivelerà, il detto giudice ne dovrà trarre tutte le conseguenze di diritto nazionale circa il ritiro degli avvisi»¹²⁷.

Concludendo, dall'analisi della giurisprudenza europea emerge un regime dell'annullamento d'ufficio conformato agli interessi europei. Da un lato, non si registra nell'ambito del diritto europeo un obbligo generalizzato di eliminare l'atto amministrativo contrastante con il diritto dell'Unione. Dall'altro, risulta evidente l'esistenza di una scala di soluzioni diverse: in tutti i casi in cui si manifesta «una grave iniquità tra i destinatari ovvero vi è una violazione manifesta del diritto sovranazionale, tale da produrre disparità non sopportabili», il giudice europeo riconosce la doverosità dell'esercizio del potere di autotutela nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri¹²⁸. In tale ambito, va, inoltre, evidenziato che la Corte di giustizia afferma in modo perentorio alcuni principi, ma ciò viene fatto in maniera eccezionale rispetto «ad un sistema ispirato a ben altre e differenti logiche». «Tale timidezza, che probabilmente nasconde un'insufficiente volontà di assumere una posizione chiara sull'argomento, non può che compromettere l'organicità del sistema, contribuendo ad abbassare, anziché innalzare come proposto, il livello di certezza delle situazioni giuridiche nell'ordinamento nazionale»¹²⁹.

¹²⁷ Corte di giustizia, 19 settembre 2006, Cause riunite C-392/04 e C-422/04, i-21 *Germany GmbH e Arcor AG & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland*, punto 72, in <http://www.eur-lex.europa.eu>; sul punto cfr. D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, op. cit., pp.69-70.

¹²⁸ Così M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, op. ult. cit., pp. 169-170; Cfr. G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 23, in cui viene evidenziato che al ricorrere di determinate condizioni individuate dal giudice europeo, l'Amministrazione è tenuta ad avviare il procedimento in autotutela e a riesaminare l'atto contrario al diritto europeo: in tale caso, «laddove l'amministrazione riscontri un affidamento non legittimo di terzi e una richiesta di autotutela dell'interessato, il mantenimento in vita dell'atto amministrativo risulterà "semplicemente insopportabile", e la discrezionalità amministrativa nell'annullare d'ufficio l'atto sarà ridotta a zero».

¹²⁹ Così A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, op. cit., pp. 164-175, in particolare, l'autore evidenzia che l'atteggiamento confuso e a volte contraddittorio che la giurisprudenza comunitaria assume con riferimento alla questione in oggetto, «introducendo delle deroghe al sistema giustificate da esigenze di equità dei singoli casi che rischiano, però, di creare delle incoerenti eccezioni nelle quali si annida una pericolosa confusione anziché un positivo rafforzamento dei principi di certezza delle situazioni giuridiche, come invece

4.3. CONSIDERAZIONI DI SINTESI

Allo stato attuale non è possibile individuare, nell'ambito dell'ordinamento europeo, un chiaro riferimento normativo che possa giustificare l'obbligo dell'autotutela con esiti eliminatori di un atto amministrativo «antieuropeo». Inoltre, non esistono le condizioni per basare una tale scelta attraverso una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, e ciò nonostante i giudici europei abbiano con le loro decisioni, segnato delle svolte decisive nella storia del diritto europeo; al momento, non sembra che «una questione di così cruciale importanza possa essere risolta in via giurisprudenziale»¹³⁰.

In tale contesto, occorre, però, evidenziare che la violazione delle norme dell'Unione europea, in qualche modo, mette in crisi il tradizionale regime dell'invalidità, così come elaborato e conosciuto nel diritto amministrativo nazionale. Infatti, la giurisprudenza europea pur non introducendo dei rimedi giurisdizionali non presenti negli ordinamenti nazionali, chiede comunque una «funzionalizzazione» dei rimedi esistenti alla luce delle esigenze di tutela del principio di effettività del diritto europeo. Pertanto, il quadro che emerge è quello di una tensione alla ricerca di un difficile bilanciamento tra i principi che fanno da sfondo all'atto amministrativo «antieuropeo», in sintesi i principi di: effettività, primazia, certezza del diritto, autonomia processuale e procedimentale.

Concludendo, l'ordinamento dell'Unione europea non impone, né la disapplicazione, né l'annullamento in autotutela dell'atto amministrativo «antieuropeo». Un obbligo in tal senso o una facoltà (più o meno vincolata) può comunque essere stabilito dagli Stati membri nell'esercizio dell'autonomia procedurale.

In dottrina è stato, per l'appunto, auspicato un intervento normativo «per risolvere definitivamente il groviglio giuridico causato dall'inoppugnabilità di un atto amministrativo in contrasto con le regole europee»¹³¹.

propugnato tra le righe delle pronunce».

¹³⁰ Così A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, op. cit., p.173, l'autore ritiene auspicabile che «la questione venga risolta in sede normativa con un'espressa previsione che conferisca anche una valida copertura politica a questa importante scelta»; in senso analogo cfr. G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., pp. 26-27, l'autore evidenzia la necessità di modificare gli artt. 21-septies e 21-nonies della legge n.241/1990 «per risolvere definitivamente il groviglio giuridico causato dall'inoppugnabilità di un atto amministrativo in contrasto con le regole europee». Evidenziando, inoltre, che «la via della riforma legislativa non è mai semplice né scontata, tuttavia è l'unica che permette di tenere insieme i diversi principi che fanno da sfondo al tema dell'atto amministrativo antieuropeo (effettività, primazia, certezza, autonomia processuale), evitando di comprimere gli uni a vantaggio degli altri».

¹³¹ Così G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi*

Quel che l'ordinamento europeo, invece, impone agli Stati membri è, al ricorrere di determinate condizioni, l'obbligo del risarcimento del danno causato da un provvedimento amministrativo contrastante con il diritto dell'Unione. A ben vedere, la sussistenza di tale obbligo risarcitorio può incidere, anche in modo determinante, sull'esercizio del potere discrezionale di autotutela con esiti eliminatori del provvedimento illegittimo.

In effetti, in tale caso la Pubblica Amministrazione, tenendo in debito conto il rischio di esporre lo Stato ad una condanna al risarcimento del danni, dovrebbe ragionevolmente valutare l'opportunità di annullare d'ufficio, oppure su istanza di parte, l'atto amministrativo «antieuropeo», anche se definitivo¹³².

europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile, op. cit., pp. 26-27, l'autore evidenzia la necessità di modificare gli artt. 21-septies e 21-nonies della legge n. 241/1990 «per risolvere definitivamente il groviglio giuridico causato dall'inoppugnabilità di un atto amministrativo in contrasto con le regole europee». Evidenziando, inoltre, che «la via della riforma legislativa non è mai semplice né scontata, tuttavia è l'unica che permette di tenere insieme i diversi principi che fanno da sfondo al tema dell'atto amministrativo antieuropeo (effettività, primazia, certezza, autonomia processuale), evitando di comprimere gli uni a vantaggio degli altri»; in senso analogo cfr. A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, op. cit., p.173, l'autore ritiene auspicabile che «la questione venga risolta in sede normativa con un'espressa previsione che conferisca anche una valida copertura politica a questa importante scelta»; cfr. R. MUSONE, *Il riesame dell'atto amministrativo contrastante con il diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 138, l'autore dopo aver evidenziato che la Corte di giustizia esclude che un obbligo delle autorità amministrative nazionali di annullare o anche solo di aprire il procedimento di annullamento degli atti amministrativi contrastanti con il diritto dell'Unione possa derivare dalla propria giurisprudenza, la quale, in virtù dei principi di certezza del diritto e legittimo affidamento, concepisce come meramente discrezionale sia l'apertura che l'esito del procedimento di riesame degli atti amministrativi dell'Unione», osserva che «la soluzione può venire dunque solo dal principio di autonomia procedurale nazionale, secondo la classica formula per cui, in mancanza di una specifica disciplina europea, spetta agli ordinamenti nazionali stabilire le modalità procedurali dei ricorsi tesi a garantire la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dall'ordinamento europeo, a condizione che tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e che non siano strutturate in modo tale da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento europeo (principio di effettività)»; Sul punto cfr. anche F. SPITALERI, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti definitivi della Pubblica Amministrazione*, in *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, a cura di F. SPITALERI, *Quaderni della Rivista, Il diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009, pp.33-34.

¹³² Cfr. F. SPITALERI, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti definitivi della Pubblica Amministrazione*, op. cit., p. 34.

CAPITOLO IV

L'INFLUENZA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA SULLE REGOLE CHE GOVERNANO LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: la responsabilità da provvedimento illegittimo nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale nazionale. - 1.1. Il c.d. dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo. - 1.2. L'avvento del diritto comunitario ed il superamento dell'assioma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo nel diritto positivo. - 1.3. La sentenza Cassazione civile, Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n.500: il superamento del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi. - 1.4. Il Codice del Processo Amministrativo e la definitiva consacrazione del principio della risarcibilità degli interessi legittimi. - 2. Il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità della Pubblica Amministrazione per i danni cagionati da attività provvedimentale. - 2.1. La tesi che riconduce la lesione da interesse legittimo alla responsabilità extracontrattuale. - 2.2. I rilievi critici mossi alla tesi della responsabilità extracontrattuale: la tesi della responsabilità contrattuale per inadempimento di obblighi nascenti da «contatto amministrativo qualificato». - 2.3. La tesi della responsabilità precontrattuale. - 3. La responsabilità della Pubblica Amministrazione: analisi degli elementi costitutivi. - 3.1. Gli elementi oggettivi dell'illecito. - 3.1.1. Il danno. - 3.1.1.1. Il danno da ritardo. - 3.1.1.2. Il danno da disturbo - 3.1.2. L'ingiustizia del danno: l'illegittimità dell'attività amministrativa. - 3.1.3. Il nesso di causalità. - 3.2. L'elemento soggettivo. - 3.2.1. La concezione della *culpa in re ipsa*, insita nel carattere illegittimo dell'atto amministrativo, fonte della lesione della posizione giuridica soggettiva del privato. - 3.2.2. La sentenza della Cassazione, Sezioni Unite n.500 del 22 luglio 1999: la colpa di apparato. - 3.2.3. La valorizzazione degli indici di colpevolezza della P.A. di matrice europea. - 3.2.4. L'inquadramento dell'elemento della colpa amministrativa nell'alveo della responsabilità contrattuale, per effetto della teoria del «contatto sociale qualificato». - 3.2.5. La riaffermazione dell'inquadramento nel modello di responsabilità aquiliana: l'elaborazione di un regime semplificato dell'onere probatorio a carico del privato. - 3.2.6 L'elaborazione delle figure sintomatiche idonee ad integrare la presunzione di colpa della Pubblica Amministrazione. - 3.3. Il rilievo della colpa alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

1. PREMESSA: LA RESPONSABILITÀ DA PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE NAZIONALE

L'indagine relativa alla responsabilità della Pubblica Amministrazione da provvedimento illegittimo e all'influenza del diritto europeo sulla risarcibilità dell'interesse legittimo, necessita di una breve premessa di carattere storico.

In tale ottica, va infatti osservato che la risarcibilità degli interessi legittimi ed i conseguenti rapporti tra la giurisdizione del giudice amministrativo e ordinario, costituiscono il frutto di una lenta stratificazione legislativa.

In particolare, le radici del sistema di giustizia amministrativa e la nascita del dibattito che ha portato successivamente alla teorizzazione della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo sono da ricercare nella legge del 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato E (c.d. legge abolitrice del contenzioso amministrativo).

Tale legge abolì i giudici speciali amministrativi e statuí che le controversie concernenti un diritto soggettivo venissero devolute al giudice ordinario (art.2), inoltre la legge in argomento, disponendo che «gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative [...]» (art.3), indusse la dottrina dell'epoca ad elaborare il concetto di interesse legittimo.

Attraverso la citata norma il legislatore, seguendo l'esempio di altri ordinamenti (in particolare quello belga), inaugurò il sistema della giurisdizione unica. Senonché le possibili controversie tra il cittadino e la Pubblica Amministrazione che non riguardavano le lesioni di diritti soggettivi, sfuggivano al controllo del giudice. Infatti, in virtù delle limitazioni imposte dalla legge al giudice ordinario era fatto divieto di annullare gli atti amministrativi, potendo quest'ultimo esclusivamente disapplicare l'atto ritenuto illegittimo con efficacia limitata al caso deciso. Le uniche sentenze emanabili nei confronti dell'autorità pubblica erano quelle di «condanna ad un *facere* specifico e al pagamento di somme di danaro a seguito della lesione di diritti dominicali e, comunque, patrimoniali»¹.

In seguito all'emanazione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, si accesero aspre critiche sul funzionamento del sistema a giurisdizione unica, si determinò inoltre un vasto movimento per la tutela degli interessi legittimi. Tali posizioni giuridiche soggettive rimanevano, infatti, fuori dall'area di tutela affidata al giudice ordinario, risultando insufficiente lo strumento dei ricorsi amministrativi².

Si giunse così alla creazione del c.d. contenzioso amministrativo attraverso l'emanazione della legge 31 marzo 1889, n. 5992, meglio conosciuta come legge Crispi. Con tale legge venne istituita la IV sezione del Consiglio di Stato, cui venne attribuita la competenza generale di legittimità degli atti amministrativi lesivi di quella categoria di interessi (legittimi) contrapposta alla potestà della Pubblica Amministrazione, che era

¹ Così G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2003, p. 23.

² Cfr. L. TRAMONTANO, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Padova, 2008, p. 2, in cui viene riportato che nel dibattito successivo all'approvazione della legge n.2248 del 1865, All. E, venne posto in evidenza come, in effetti, «non si fosse migliorata la posizione del cittadino, poiché in seguito ad una lesione dei propri interessi il cittadino non aveva alcuna altra possibilità se non la rassegnazione e ciò rappresentava motivo di diffuso malcontento».

rimasta fuori dall'ambito previsionale della legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Alla IV Sezione del Consiglio di Stato (che iniziò ad operare il 13 marzo 1890), furono attribuiti in generale «i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbia per oggetto “un interesse di individui o di enti morali giuridici”³, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali» (art.3).

Fugati i dubbi circa la natura giurisdizionale delle attribuzioni della neo-istituita IV Sezione del Consiglio di Stato attraverso l'emanazione della legge 7 marzo 1907, n. 62, istitutiva della V Sezione⁴, l'ordinamento italiano passò ad un sistema di duplice giurisdizione (ordinaria e amministrativa), già vigente in paesi come la Francia, «realizzando, per ciò solo, un notevole accrescimento della tutela esperibile dal privato nei confronti degli atti autoritativi» della Pubblica Amministrazione. Tuttavia, tale riforma fu la causa «dello spaventoso intrico giurisprudenziale, unico in Europa, che si è formato all'indomani della legge, e che successivamente il legislatore non ha più avuto la capacità (o l'intenzione) di sciogliere»⁵.

³ Per la prima volta in un testo legislativo compare (in contrapposizione evidentemente ai diritti soggettivi) il termine «interesse di individui o di enti morali giuridici». Il termine «interesse legittimo» fu invece coniato dalla dottrina dell'epoca (in particolare, Ranelletti e Cammeo), la quale ritenne che la categoria degli interessi legittimi coincidesse con i diritti soggettivi che fossero stati compresi dall'interesse generale, pur ammettendo altri interessi, non protetti intenzionalmente e direttamente dalla legge ma solo occasionalmente ed accidentalmente. Il termine interesse legittimo viene considerato accanto al diritto soggettivo in un testo di legge solo con la Costituzione del 1948, la quale ne consacra il carattere di situazione soggettiva di carattere sostanziale in quanto riferita ad un soggetto determinato e per il nesso con il buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa. Per cui l'interesse legittimo viene poi generalmente definito come «posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo di poteri atti ad influire sull'esercizio del potere, correggendone le deviazioni, in modo da consentire (in termini di probabilità e non di certezza) la realizzazione dell'interesse al bene: ma nel contempo l'interesse legittimo esaurisce la sua spinta vitale in questa partecipazione (che è particolarmente tutelata con la legge sul procedimento amministrativo n.241/1990 e successive modificazioni) senza attingere direttamente il bene sperato se non per il tramite dell'esercizio del potere (da parte dell'Amministrazione) ed in quanto questo glielo consenta», così A. CERRETO, *L'istituzione della V Sezione del Consiglio di Stato e le altre innovazioni introdotte dalla L. 7 marzo 1907 n.62, con accenno alle questioni fondamentali emerse nella giurisprudenza della V Sezione nel periodo 1907-1923*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ La legge 7 marzo 1907, n. 62, che modificò le leggi sul Consiglio di Stato e sulla giustizia amministrativa, istituì la quinta Sezione del Consiglio di Stato (che fu inaugurata l'11 novembre 1907) e dichiarò giurisdizionali la quarta e la quinta Sezione, prevedendo il ricorso per Cassazione avverso le decisioni in sede giurisdizionale del Consiglio di Stato per assoluto difetto di giurisdizione.

⁵ Così G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, op. cit., p. 24, l'autore si riferisce alle problematiche connesse al c.d. doppio binario di giurisdizione inaugurato dalla legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato che, «invece di attribuire tutto il contenzioso relativo agli atti della pubblica amministrazione alla competenza del

In questo quadro, le difficoltà sorte in relazione alla riconduzione di talune lesioni nell'alveo degli interessi legittimi, piuttosto che in quello dei diritti soggettivi, portarono all'emanazione del r.d. 26 giugno 1924, n.1054, che assegnò, in specifiche materie, la competenza esclusiva al Consiglio di Stato, a prescindere della natura della posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio. Tuttavia, le questioni relative al risarcimento del danno vennero comunque riservate alla competenza del giudice ordinario⁶.

Con l'entrata in vigore della Costituzione italiana il quadro complessivo non subisce variazioni, vennero, infatti, fatte salve le impostazioni di sistema adottate in precedenza. La Costituzione sancendo l'abolizione di qualsiasi limitazione di tutela degli interessi legittimi ex artt. 24, 103 e 113, ripropone le diversità dei due ordini di giurisdizione con riferimento alle posizioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio e, pertanto, da tutelare. Successivamente, con l'emanazione della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 venne implementata la tutela del cittadino attraverso la giurisdizione amministrativa di primo grado.

In tale contesto, si consolidò l'orientamento giurisprudenziale in base al quale il discrimine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa si determinava in base alla *causa petendi* o *petitum* sostanziale e non sul *petitum*.

Tale struttura normativa presentava non pochi problemi, soprattutto sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisdizionale e della risarcibilità del danno subito a causa dell'attività provvedimento illegittima. In sintesi, la posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo (soprattutto pretensivo) non trovava adeguata tutela nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano.

1.1 IL C.D. DOGMA DELLA IRRISARCIBILITÀ DELL'INTERESSE LEGITTIMO

Il dogma dell'irrisarcibilità del danno per lesione della posizione giuridica soggettiva

complesso giurisdizionale amministrativo, fece espressamente salve le competenze dell'autorità giudiziaria ordinaria ovvero spettanti alla giurisdizione ed alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali, con tutto ciò che ne è derivato sulla necessità di tenere distinte le lesioni arrecate da atti amministrativi illegittimi a diritti soggettivi da una parte e interessi legittimi dall'altra».

⁶ Cfr. P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, *Atti e Ricorsi*, Milano, 2001, p.163, in cui viene evidenziato che «poiché, per alcune materie era difficile discernere gli interessi legittimi dai diritti soggettivi, con il d.l. 30 dicembre 1923, n.2840, è stata istituita, accanto alla giurisdizione generale di legittimità, una giurisdizione "esclusiva" e cioè una giurisdizione per la quale il Consiglio di Stato, in deroga al principio ispiratore del sistema dualistico, conosce per alcune materie della controversia indipendentemente dalla posizione giuridica fatta valere (c.d. sistema dei blocchi di materie) e cioè sia che la posizione giuridica abbia natura di interesse legittimo, sia che essa abbia natura di diritto soggettivo».

di interesse legittimo era essenzialmente costruito su due ordini di argomenti:

- i) il primo, di carattere formale che era di tipo meramente processuale si basava sul carattere prevalentemente demolitorio della tutela esercitata dal giudice amministrativo, essendo riservata al giudice ordinario la facoltà di condannare al risarcimento dei danni;
- ii) il secondo, di carattere sostanziale si basava essenzialmente sull'interpretazione tradizionale dell'art. 2043 c.c., secondo la quale costituiva «danno ingiusto» soltanto la lesione di un diritto soggettivo, di conseguenza il pregiudizio provocato da un provvedimento illegittimo non si configurava come «danno ingiusto» e non dava conseguentemente diritto al risarcimento del danno⁷. Tale interpretazione mostrava di non essere adatta ad un rapporto paritario tra cittadino e Pubblica Amministrazione. In effetti, gli ostacoli che, per lungo tempo, hanno impedito il riconoscimento di una tutela aquiliana dell'interesse legittimo, più che di derivazione normativa, erano da far risalire alla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, che nell'arco di cinquant'anni di esercizio della funzione nomofilattica, aveva sostanzialmente «pietrificato» l'orientamento giurisprudenziale relativo all'irrisarcibilità degli interessi legittimi. In sintesi, dinanzi alla proposizione in giudizio di un interesse legittimo si contrapponeva l'impossibilità di ottenere il risarcimento del danno.

Da tale quadro, derivava ovviamente una rilevante limitazione della responsabilità per illegittimo esercizio della funzione pubblica, inoltre, come rilevato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, «siffatta isola di impunità e di privilegio» mal si conciliava «con le più elementari esigenze di giustizia»⁸.

In tale contesto, si ebbe poi un progressivo ampliamento della tutela aquiliana, attraverso applicazioni, per così dire «elusive» dell'interpretazione allora dominante del concetto di «danno ingiusto», ad opera di quella giurisprudenza che «sotto le mentite spoglie di diritti soggettivi» celava veri e propri interessi legittimi⁹. In effetti, la citata interpretazione dell'art. 2043 c.c., se pur affermata e sostenuta in termini di principio,

⁷ Tale interpretazione si basa sul rilievo che l'ingiustizia del danno, che l'art. 2043 c.c. assume quale componente essenziale della fattispecie della responsabilità civile, va intesa nella duplice accezione di danno prodotto *non iure* e *contra ius*: «*non iure*, nel senso che il fatto produttivo del danno non debba essere altrimenti giustificato dall'ordinamento giuridico; *contra ius*, nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto», così Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 22 luglio 1999, n.500.

⁸ Così Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 22 luglio 1999, n.500

⁹ Cfr. L. TRAMONTANO, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, op. cit., pp.6-7.

venne frequentemente disattesa o, per meglio dire, aggirata da una cospicua giurisprudenza, che determinò di fatto un notevole ampliamento dell'area della risarcibilità dei danni, ponendo così le premesse per un successivo abbandono dell'interpretazione tradizionale.

A fronte del riconoscimento dell'inesaustività di tali approcci argomentativi, si rese infatti necessario dirimere con maggiore certezza la tematica della irrisarcibilità dell'interesse legittimo.

Con riguardo agli interessi legittimi oppositivi, in cui il bene della vita è preesistente all'azione della Pubblica Amministrazione, la risarcibilità della posizione giuridica soggettiva venne realizzata attraverso la c.d. teoria della degradazione o dell'affievolimento dei diritti soggettivi. Secondo tale teoria, l'emanazione di un provvedimento amministrativo determinava la degradazione del diritto soggettivo in interesse legittimo: annullato il provvedimento, il diritto soggettivo «risorge», ovvero si «riespande» in capo al privato, in quanto viene meno l'atto che lo affievolisce.

La teoria della degradazione o dell'affievolimento, comportava la giurisdizione del giudice ordinario sull'azione risarcitoria, in quanto ad essere risarcito era un diritto soggettivo. Essa presupponeva, inoltre, la necessaria pregiudizialità tra azione di annullamento dell'atto e azione risarcitoria, poiché il risarcimento del danno poteva essere richiesto soltanto a seguito dell'eliminazione del provvedimento illegittimo con il conseguente effetto degradatorio.

Tale approccio teorico venne usato in giurisprudenza per giustificare la risarcibilità degli interessi legittimi oppositivi: si trattava di un vero e proprio *escamotage* creato *ad hoc* dalla giurisprudenza per attribuire una tutela risarcitoria agli interessi legittimi che venivano «mascherati» da diritti soggettivi.

In particolare, si affermava che con l'annullamento del provvedimento illegittimo, il diritto soggettivo (degradato ad interesse legittimo a causa dell'emanazione del provvedimento) si «riespandeva» nella sua pienezza, con la conseguente risarcibilità ai sensi dell'art. 2043 c.c., laddove, invece, la situazione giuridica soggettiva sottostante era sempre la stessa, non cambiando, ovviamente, connotati per effetto dell'esercizio del potere.

1.2. L'AVVENTO DEL DIRITTO EUROPEO ED IL SUPERAMENTO DELL'ASSIOMA DELL'IRRISARCIBILITÀ DELL'INTERESSE LEGITTIMO NEL DIRITTO POSITIVO

L'ordinamento giuridico europeo ha svolto un ruolo fondamentale nella caduta del c.d. dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi. Il diritto dell'Unione europea e la conseguente riflessione circa la tematica dei rapporti tra fonti nazionali ed europee, ha portato al centro dell'attenzione la questione della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione delle norme europee. Così come rilevato da autorevole dottrina «la frontiera più avanzata, in fatto di responsabilità dello Stato, è quella tracciata dalla Corte di giustizia [...] che ha affermato la responsabilità civile dello Stato nei confronti dei privati per i danni ad essi cagionati con l'omessa o non adeguata attuazione di una direttiva comunitaria, cui è conseguito il mancato riconoscimento di diritti previsti a loro favore»¹⁰.

Il principio della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione delle norme europee è direttamente riconducibile ad una norma del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ed esprime il fondamentale canone in base al quale anche i pubblici poteri, che abbiano cagionato un danno mediante un'azione colposa o dolosa, sono chiamati a risarcire il danno. In particolare, l'art. 340 TFUE stabilisce che in materia di responsabilità extracontrattuale l'Unione europea «deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

Con specifico riguardo al principio in commento, non vi è dubbio che la sentenza più importante sia quella relativa al caso *Francovich*¹¹. Con tale pronuncia, la Corte di giustizia ha osservato che il diritto europeo nonostante sia rivolto primariamente agli Stati membri, produce diritti in capo ai cittadini dell'Unione. Tali diritti, nel caso di direttiva inattuata, non possono trovare altra significativa forma di tutela che quella risarcitoria nei confronti dello Stato inadempiente; qualora questa tutela fosse esclusa, verrebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme europee.

La Corte ha, inoltre, evidenziato che l'obbligo degli Stati membri di risarcire i danni trova un referente normativo nell'art. 4, paragrafo 3 TUE, in base al quale gli Stati sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare dirette ad assicurare

¹⁰ Così F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. III, Padova, 2010, p. 151.

¹¹ Corte di Giustizia, sentenza 19 novembre 1991, *Francovich e altri c. Repubblica italiana*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in <http://www.eur-lex.europa.eu>.

l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto europeo. Il giudice europeo ha, pertanto, ammesso la risarcibilità del danno da mancata attuazione di una direttiva, subordinandola alle seguenti tre condizioni:

- i) il risultato prescritto dalla direttiva deve implicare l'attribuzione di diritti a favore dei singoli;
- ii) il contenuto di tali diritti deve potersi individuare sulla base delle disposizioni della direttiva;
- iii) deve sussistere un nesso di causalità tra violazione dell'obbligo di attuazione da parte dello Stato e danno subito dai soggetti lesi.

La Corte ha, inoltre, precisato che in mancanza di una disciplina europea, spetta a ciascuno Stato membro non solo designare il giudice competente, ma anche stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali finalizzati a garantire la tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

Le condizioni formali e sostanziali stabilite dalle diverse legislazioni non possono, ovviamente, essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna¹². Le citate condizioni vengono ritenute sufficienti per far sorgere a vantaggio dei singoli il diritto ad ottenere un risarcimento che trova direttamente il suo fondamento nel diritto europeo. La responsabilità dello Stato non può, quindi, essere condizionata ad ulteriori requisiti.

La sentenza resa nel caso *Francovich*, ha costituito una «sensazionale novità sia nel contesto della giurisprudenza comunitaria, sia nell'ambito dei sistemi giuridici nazionali provocando “un diffuso senso di vertigine” per l'ampiezza delle conseguenze che da essa discendevano»¹³. In particolare, avendo il giudice europeo stabilito che lo Stato è responsabile per ogni violazione del diritto europeo, comincia a prendere corpo l'idea che, non rilevando la natura dell'atto lesivo¹⁴, i diritti dei singoli possono essere lesi

¹² Nella sentenza resa nel noto caso *Rewe* (Corte di giustizia, 11 ottobre 1973, causa C-39/73, *Rewe-Zentralfinanz GmbH c. Direktor der Landwirtschaftskammer Westfalen-Lippe*), la Corte enuclea, quali limiti generali all'autonomia procedurale degli Stati membri, i due famosi «criteri *Rewe*» della parità di trattamento e dell'effettività.

¹³ Così V. SCIARRINO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, Milanofiori Assago, 2012, p.55, l'autore rileva in conclusione che attraverso la sentenza *Francovich* «si completa, con l'introduzione dello strumento di salvaguardia del risarcimento del danno, la protezione dei diritti comunitari, e ciò sia attraverso la previsione di una nuova forma di tutela contro l'inadempimento statutale lesivo di situazioni giuridiche non nettamente presidiate, sia mediante la previsione di un risarcimento in caso di lesione di diritti già tutelati in modo diretto».

¹⁴ Secondo la Corte di giustizia la tutela attribuibile ai privati attiene a tutte le posizioni giuridiche individuali, intendendo, pertanto anche l'interesse legittimo, nozione ignota nel diritto europeo. «Con ciò non deve intendersi, tuttavia la trasformazione dell'interesse legittimo (italiano) in diritto soggettivo (italiano),

indifferentemente da un atto legislativo, amministrativo o giudiziario.

Successivamente la Corte interviene con le sentenze rese nei noti casi *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*. Con tali pronunce viene riaffermato che il principio della responsabilità patrimoniale dello Stato per fatto del legislatore è «inerente» al sistema. La Corte ha affermato, inoltre, che nell'ipotesi di violazione di una norma provvista di effetto diretto, la tutela è direttamente azionabile dal singolo con la conseguenza «che resta solo da accompagnare questa tutela sostanziale e processuale con quel *minus* che è la tutela patrimoniale»¹⁵.

In tale contesto, a fronte dell'individuazione del fondamento della responsabilità in un principio generale, che determina la risarcibilità del danno ingiusto per violazione del diritto europeo, vanno ricollegate due conseguenze:

- i) la prima è che non rileva a quale organo nazionale sia imputabile la violazione, in quanto tutti gli organi dello Stato sono tenuti all'osservanza delle norme dell'Unione;
- ii) la seconda conseguenza è data dal fatto che l'esistenza e la portata dell'obbligo risarcitorio per violazione delle norme europee non può dipendere dal riparto di competenze tra organi interni, attesa l'esigenza fondamentale di applicazione uniforme delle norme dell'Unione e l'uguaglianza tra i cittadini europei.

In sintesi, il giudice europeo afferma che, a parità di situazioni, le condizioni della responsabilità degli Stati membri e dell'Unione devono essere le stesse. In particolare, le tre condizioni della responsabilità delle istituzioni dell'Unione e, quindi, anche degli Stati membri sono che:

- i) la norma violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli;
- ii) la violazione sia grave e manifesta;
- iii) sussista un nesso di causalità tra violazione e danno¹⁶.

In tale ambito, la colpa non costituisce una condizione della responsabilità. La Corte

ovvero in "diritto soggettivo comunitario", giacché la Corte non interferisce in qualificazioni di nozioni ed istituti degli ordinamenti interni», così M. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 63.

¹⁵ Così G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 366.

¹⁶ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland* e *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, in [www.http://eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), in cui viene statuito al punto 51 che «un diritto al risarcimento è riconosciuto dal diritto comunitario in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi».

ha, infatti, escluso che l'obbligo risarcitorio sia subordinato «ad una condizione, ricavata dalla nozione [...] di dolo o colpa, che va oltre la violazione grave e manifesta del diritto comunitario»¹⁷. Con riguardo alla prima delle tre condizioni occorre evidenziare che a prescindere dal fatto che la norma europea abbia o meno effetto diretto, il diritto dei singoli deve essere pienamente ed immediatamente riconoscibile. In sintesi, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha chiarito che il principio in questione non opera soltanto nelle ipotesi di mancata attuazione di una direttiva, ma in tutti i casi in cui si configuri una violazione del diritto europeo. Circa il terzo elemento va solo evidenziato che trattasi del canonico nesso di causalità tra comportamento illegittimo e danno. Quanto alla seconda condizione, sia per quanto riguarda la responsabilità dell'Unione europea, sia per quanto attiene alla responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto europeo, il criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzata una violazione del diritto dell'Unione è quello della «violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro o di un'istituzione comunitaria, dei limiti posti al loro potere discrezionale».

Al riguardo, fra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati «il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario. In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è manifesta e grave quando continua nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia, dalle quali risulti l'illegittimità del comportamento in questione»¹⁸.

L'organo di giustizia dell'ordinamento europeo ha inteso evidentemente riferire le tre condizioni della responsabilità su esposte, sia all'ipotesi in cui lo Stato membro goda di un ampio potere discrezionale (*Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*), sia al caso in cui tale discrezionalità manchi (*Francovich*). Pertanto, risultano di generale applicazione non solo il principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, ma anche

¹⁷ *Brasserie du Pêcheur*, sopra citata, punto 79.

¹⁸ *Brasserie du Pêcheur*, sopra citata, punti 55-57.

le condizioni della responsabilità. «Sotto questo preciso profilo anche la corrispondente formula di *Francovich* è stata precisata, superata e certamente migliorata»¹⁹.

Nelle successive pronunce la Corte di giustizia ha ulteriormente sviluppato le conclusioni cui era giunta con le citate sentenze, avendo cura di precisare che non solo le inadempienze dell'organo legislativo possono dar luogo ad un giudizio di responsabilità, ma anche quelle degli organi amministrativi, almeno nei casi in cui la normativa europea prenda in considerazione, disciplinandola, l'attività amministrativa tradizionalmente intesa.

Al riguardo, emblematica è la sentenza resa nel caso *Hedley Lomas*²⁰, relativa ad un caso di violazione dell'art. 24 TCE (oggi art. 29 TFUE) non da parte del legislatore, bensì ad opera dell'Amministrazione pubblica britannica. Il caso riguardava la responsabilità di uno Stato membro per danni cagionati non da un atto normativo, bensì da un atto avente tipica natura di provvedimento amministrativo a fronte del quale si pongono, nel nostro sistema, situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo. Il giudice europeo non si esprime ovviamente sulla qualificazione formale della situazione giuridica soggettiva lesa, ciò nonostante si coglie nella pronuncia la «decisa tendenza ad armonizzare i diritti nazionali in vista della creazione di una sorta di *ius commune* in materia di responsabilità» della Pubblica Amministrazione²¹.

Tale caso avrebbe potuto anche essere tenuto distinto da quelli di violazione imputabile al legislatore, il giudice europeo ha, invece, collegato anche alla responsabilità dello Stato per fatto della Pubblica Amministrazione le condizioni individuate per l'ipotesi di responsabilità dello Stato per fatto del legislatore.

Come evidenziato da autorevole dottrina «se le condizioni sono le stesse, le differenze di applicazione tra le varie ipotesi rimane relativamente alla condizione della violazione grave e manifesta». Nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione europea da parte della Pubblica Amministrazione ricorrerà, di norma, questa condizione «nella misura in cui è meno ampio o addirittura nullo il margine di discrezionalità nell'applicazione del diritto dell'Unione»²².

In tale contesto, va rilevato che anche il diritto positivo europeo ha contribuito in misura determinante al processo di erosione del dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse

¹⁹ Così G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 374.

²⁰ Corte di giustizia, sentenza 23 maggio 1996, causa C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, in [www.http://eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).

²¹ Così G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, op. cit., p. 49.

²² Così G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., in nota 420, pp. 374-375.

legittimo. In particolare, va ricordata la c.d. direttiva ricorsi del 21 dicembre 1989, n. 665, in materia di appalti, recepita con la legge 19 febbraio 1992, n. 142. Tale legge, all'art. 13 rubricato «violazioni del diritto comunitario in materia di appalti e forniture» (poi abrogato dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n.80) prevedeva che «i soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo»²³. Con tutta evidenza la *ratio* di tale disposizione normativa consisteva nell'evitare che gli Stati membri potessero operare nel settore degli appalti pubblici, in modo da favorire le imprese nazionali a discapito di quelle appartenenti ad altri Stati membri della Comunità.

Successivamente, con il recepimento da parte del legislatore italiano della direttiva ricorsi in materia di appalti, la dottrina ha visto nel diritto europeo la chiave di volta con cui erigere un sistema generalizzato di tutela avverso i danni arrecati dall'attività amministrativa. In particolare, trattandosi del primo caso in cui il diritto positivo riconosceva la risarcibilità dei danni derivanti da attività amministrativa, si cercò di sostenere che la disposizione apriva, in via generale e non solo limitatamente agli appalti, il principio di risarcibilità dei c.d. interessi legittimi pretensivi.

Tuttavia, la lettura data a questa norma da parte della giurisprudenza di legittimità²⁴,

²³ Al riguardo, occorre osservare che all'art. 13 della legge n.142/1992 non si faceva alcun riferimento alla lesione dell'interesse legittimo, bensì di lesione subita «a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento». Tuttavia, «si trattò di un passo decisivo che, a ben vedere, non deve stupire, atteso che costituiva il completamento di quella “mutazione genetica” funzionale che la Consulta ha di recente certificato», così F. FRACCHIA, L. GILI, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della Pubblica Amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2013, pp.121-122.

²⁴ Cfr. Cassazione Sez. Un., 5 marzo 1993, n. 2667, in *Giur. It.*, n.4/1994, in cui viene affermato che «se, infatti, nei progetti di riforma della giustizia amministrativa si è sentita la necessità di disciplinare la responsabilità da lesione di interessi legittimi (in ipotesi predeterminate), ciò significa che tale responsabilità generalizzata non esiste in base al diritto vigente. Lo stesso discorso vale per l'art. 13, 1° comma della legge n. 142 del 1992; se, infatti, il legislatore ha sentito la necessità di prevedere il risarcimento dei danni per la lesione di posizioni soggettive non espressamente definite, ma in teoria riconducibili agli interessi legittimi, ciò significa che per questi ultimi, allo stato, non esiste in linea di principio tale tutela. Si può, pertanto, parlare solo di una linea di tendenza diretta alla introduzione della tutela risarcitoria della lesione di interessi legittimi, tutela che, però, allo stato, non esiste. Le considerazioni svolte rendono superfluo l'esame delle argomentazioni con le quali il ricorrente sostiene che alla risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo non osta, eventualmente, la mancata impugnativa in sede giurisdizionale dell'atto amministrativo che si assume illegittimo»; al riguardo cfr. anche Cfr. Cassazione Sez. Un., 16 dicembre 1994, n. 10800, in *Materiali per lo studio del diritto amministrativo*, a cura di G. D'ANGELO, Milano, 2013, p. 163, in particolare la Corte afferma che «il principio generale della irrisarcibilità della lesione dell'interesse legittimo non può ritenersi superato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 13 della Legge 19 febbraio 1992, n. 142,

considerando la novella legislativa limitata al settore della aggiudicazione degli appalti, raffreddò gli entusiasmi di quella dottrina che aveva considerato l'art. 13 legge n.142/1992 quale espressione della definitiva consacrazione del principio della risarcibilità degli interessi legittimi, al di là della materia degli appalti pubblici di rilevanza comunitaria²⁵.

Un altro dato normativo di fondamentale rilievo, nell'ambito del riconoscimento legislativo del risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, è rappresentato dalla legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. legge Bassanini) recante «Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa». In particolare, l'art. 17, comma 1, let. f) della legge in argomento prevede testualmente che, nell'attuazione della delega legislativa, il Governo si sarebbe dovuto attenere, oltre che ai principi della legge n. 241/1990, anche ai «seguenti principi e criteri direttivi: [...] f) previsione, per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento, di mancata o ritardata adozione del provvedimento, di ritardato o incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione, di forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento; contestuale individuazione delle modalità di pagamento e degli uffici che assolvono all'obbligo di corrispondere l'indennizzo, assicurando la massima pubblicità e conoscenza da parte del pubblico delle misure adottate e la massima celerità nella corresponsione dell'indennizzo stesso». Al riguardo, occorre evidenziare che la delega al governo contenuta nella disposizione è rimasta inattuata, tuttavia, è importante rilevare come il legislatore avesse previsto, ben prima del

che, in attuazione della direttiva del consiglio CE n. 665-89 del 21.12.1989, ha attribuito il risarcimento del danno ai soggetti lesi da atti compiuti dalla pubblica amministrazione, in violazione del diritto comunitario, in materia di aggiudicazione di appalti, trattandosi di innovazione espressamente limitata al settore della aggiudicazione degli appalti, come confermato dalla successiva legislazione in materia ed in particolare dall'art. 32, terzo comma, della Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro in materia di appalti pubblici) che estende espressamente il principio innovativo alle lesioni derivanti da atti compiuti in violazione della nuova legge sui lavori pubblici e del relativo regolamento e dall'art. 11 lett. I della Legge 22 febbraio 1994, n. 146 (legge comunitaria per il 1993) che testualmente estende la disposizione anche agli appalti di servizio».

²⁵ Così G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, op. cit., p. 50, l'autore evidenzia, inoltre, che «l'atteggiamento in questione è stato tanto più censurato quanto più si consideri la forza espansiva della pronuncia sul caso *Lomas* [...] dal momento che, come è stato detto, "affermare la responsabilità dello Stato membro per illegittimo diniego di autorizzazione all'esportazione, significa senz'altro riconoscere la risarcibilità di situazioni giuridiche soggettive qualificate dal nostro ordinamento come interessi legittimi»; Cfr. anche A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005, p. 134, l'autore rileva che la tesi della generale risarcibilità degli interessi legittimi, venne subito «smentita dal giudice ordinario, il quale per limitare la possibile *vis expansiva* della disposizione comunitaria, ritenne che il principio generale di irrisarcibilità dell'interesse legittimo, nonostante la direttiva ricorsi, non poteva ritenersi superato».

riconoscimento giurisprudenziale della risarcibilità dell'interesse legittimo, l'opportunità di forme di risarcimento legate al provvedimento²⁶.

Anche tale articolo di legge venne visto, dalla dottrina, come un'apertura verso la risarcibilità dell'interesse legittimo.

Successivamente l'elemento normativo di maggiore importanza fu, probabilmente, il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 recante «Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59». In particolare, l'art. 35, comma 1 del decreto legislativo stabiliva che «il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli articoli 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto».

Parte della dottrina e della giurisprudenza hanno interpretato tale norma quale regola meramente processuale. Infatti, è stato sostenuto che la norma in oggetto conterrebbe un precetto di ordine meramente procedurale, disciplinante la regola processuale da seguire nei casi in cui il risarcimento dell'interesse legittimo era già riconosciuto dall'ordinamento. Secondo la diversa impostazione di carattere sostanziale, nella citata norma è stato rinvenuto un espresso riconoscimento del risarcimento dell'interesse legittimo²⁷. In tale ottica, il significato della norma sarebbe ben più esteso. Tale prospettiva interpretativa, peraltro, è stata tenuta in debita considerazione nella successiva svolta giurisprudenziale.

1.3. LA SENTENZA CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 22 LUGLIO 1999, N.500: IL SUPERAMENTO DEL DOGMA DELL'IRRISARCIBILITÀ DEGLI INTERESSI LEGITTIMI

All'esito del percorso evolutivo sinteticamente delineato, il dogma dell'irrisarcibilità

²⁶ In particolare, «la disposizione prevedeva una forma di indennizzo automatico e forfettario per i soggetti che avessero richiesto il provvedimento e che avessero dovuto subire dei ritardi, delle omissioni o, ancora, nel caso in cui la pubblica amministrazione non avesse assolto completamente i propri obblighi o le sue prestazioni», così A. LIBERATI, *Il risarcimento del danno cagionato dalla Pubblica Amministrazione. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali. Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, Padova, 2005, p. 202.

²⁷ Cfr. A. LIBERATI, *Il risarcimento del danno cagionato dalla Pubblica Amministrazione. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali*, op. cit., pp. 202-203; cfr. L. TRAMONTANO, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, op.cit., p. 10, dove viene evidenziato che con la norma in commento si aprivano obiettivamente nuovi orizzonti. «lo sottolineava del resto la stessa Corte Costituzionale in un *obiter dictum* contenuto nell'ordinanza dell'8 maggio 1998, con cui venne ribadita tra l'altro la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art.2043 c.c. in riferimento agli artt. 3, 24 113 Cost., in relazione ad una questione di risarcimento del danno conseguenziale all'annullamento di un rifiuto illegittimo di concessione edilizia».

delle posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo pretensivo è stato, infine, infranto dalla Corte di Cassazione, con la storica sentenza delle Sezioni Unite 22 luglio 1999, n. 500.

Al riguardo, occorre preliminarmente evidenziare che il diritto europeo, pur essendo, in genere considerato uno dei «formanti che hanno contribuito al *revirement*, non è indicato, dall'estensore della pronunzia, come fattore decisivo dell'*overruling*. [...] Al diritto europeo non viene dato l'adeguato spazio che si sarebbe meritato»²⁸. Infatti, nella sentenza in argomento viene precisato che a favore del ripensamento hanno contribuito il deciso dissenso delle dottrine, gli interventi della Corte Costituzionale, l'ampliamento da parte della giurisprudenza dell'area delle situazioni risarcibili, la riforma del sistema di giustizia amministrativa, avvenuto con le c.d. Bassanini, ma nessun cenno viene fatto alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nei primi commenti apparsi la sentenza Cass. Sez. Un. n. 500/1999 è stata definita di portata epocale. In effetti, la sentenza rivela la sua caratteristica di *grand arrêt* sotto un duplice profilo:

- i) da un lato, essa compie un vero e proprio *overruling* di una giurisprudenza precedente definita non soltanto consolidata, ma addirittura «monolitica» o «pietrificata», facendo superare anche agli interessi legittimi la mobile frontiera del danno ingiusto;
- ii) dall'altro, essa si segnala, in particolar modo, per l'innovativa lettura data al concetto di «ingiustizia del danno» di cui all'art. 2043 c.c.

Con riguardo a tale ultimo aspetto, occorre evidenziare che «l'affermazione del principio della risarcibilità dell'interesse legittimo, se è l'aspetto per così dire più appariscente della sentenza, non è certo l'unico». Appunto, «l'effetto traumatico dato dal crollo del muro di sbarramento dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi viene, infatti, raggiunto dalle Sezioni unite grazie a questa (nuova) interpretazione dell'ingiustizia del danno»²⁹.

Secondo la Corte di Cassazione la normativa relativa alla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del «danno ingiusto»; ed ingiusto è il danno che l'ordinamento giuridico «non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito

²⁸ Così A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, op. cit., pp. 134-137.

²⁹ Così F.G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione...*, in *Giur. It.*, n.7/2000.

sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo». Risulta quindi superata in radice, per il venir meno del suo presupposto formale, «la tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c. La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra infatti nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto»³⁰.

L'area della risarcibilità non è, pertanto, definita da norme recanti divieti o costitutive di diritti, bensì da una sola clausola generale, espressa dalla formula «danno ingiusto», in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia; in sintesi, il danno arrecato in difetto di una causa di giustificazione (*non iure*), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento (*contra ius*).

Da quanto evidenziato, emerge l'insussistenza della tipicità dell'illecito quale fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela, ne consegue, inoltre, che l'art. 2043 c.c. «non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui»³¹.

La Suprema Corte si pronuncia, inoltre, sulla questione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi (o dinamici o di pretesa).

³⁰ Così Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 22 luglio 1999, n.500.

³¹ Così F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Roma, 2012, p. 219, l'autore evidenzia che «la rilevanza dell'interesse per l'ordinamento potrà affermarsi solo a seguito della comparazione degli interessi in conflitto, effettuata dal giudice, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto (asseritamente) danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse del soggetto (preteso) danneggiante, in ragione della sua prevalenza»; Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 5, *La responsabilità*, Milano, 2012, pp.584-588, in cui viene evidenziato che «danno ingiusto è la lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita di relazione. Il danno che integra la fattispecie dell'illecito è l'evento lesivo o danno-evento. [...] Ma anche i danni-conseguenze concorrono a integrare l'evento lesivo se consistono nell'aggravamento della lesione originaria o nella produzione di altre lesioni di interessi protetti». Viene, quindi, superata l'opinione tradizionale che limitava il danno ingiusto alla lesione di diritti tipici assoluti o anche relativi. La nozione di ingiustizia del danno viene svincolata dal presupposto della violazione di una determinata situazione giuridica soggettiva poiché ingiusta può essere anche la lesione di un interesse di fatto. «Si è però generalmente ammesso che non ogni lesione di qualsiasi interesse di fatto costituisce un danno ingiusto e che occorre quindi stabilire i criteri di base ai quali selezionare gli interessi suscettibili di tutela risarcitoria». I criteri di accertamento indicati dalla dottrina sono apparsi concretamente inutilizzabili. Pertanto, avendo riguardo al principio di effettività occorre «piuttosto identificare gli interessi che risultano concretamente tutelati nella realtà del nostro ordinamento», procedendo «alla verifica dei singoli oggetti della tutela giuridica nella vita di relazione».

Preliminarmente la Corte evidenzia che è possibile riconoscere il risarcimento del danno solo se «l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento». Ai fini della risarcibilità non è, dunque, sufficiente che l'interesse legittimo sia stato leso da un vizio meramente formale dell'agire amministrativo, ma occorre che si sia prodotto un vizio sostanziale, che cioè l'Amministrazione abbia negato un bene della vita cui lo stesso aveva diritto.

Sulla base di quanto statuito dalla Cassazione, per valutare se si fosse verificato o meno un vizio sostanziale occorre effettuare una verifica diversa a seconda che il privato facesse valere un interesse legittimo pretensivo o oppositivo.

Per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi (o statici o di difesa) è possibile ravvisare l'ingiustizia del danno nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere. In sintesi, a fronte di un interesse legittimo oppositivo, il vizio sostanziale può essere considerato sussistente *ex se* e desumersi dal fatto stesso che il soggetto risulti titolare di una situazione giuridica di vantaggio, di cui non è possibile l'esercizio a causa della presenza del provvedimento amministrativo contestato e illegittimo.

Con riguardo, invece, agli interessi legittimi pretensivi può essere ravvisato il danno ingiusto soltanto a seguito della valutazione della consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Tale valutazione implica un giudizio prognostico per stabilire se il privato sia titolare non di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione giuridica soggettiva tale da determinare un oggettivo affidamento circa la favorevole conclusione del procedimento, ovvero all'emanazione del provvedimento richiesto. In sintesi, occorre stabilire se il pretendente risulti titolare «di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta»³².

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza più recente hanno fortemente criticato la radicale posizione della Corte di Cassazione, sulla base della considerazione che la stessa avrebbe determinato un sistema di «iperprotezione» dell'interesse oppositivo, il quale potrebbe ricevere protezione a prescindere da una preventiva distinzione tra vizi formali e

³² Così Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 22 luglio 1999, n.500.

vizi sostanziali. Al contrario, è stato sostenuto che anche con riguardo agli interessi legittimi oppositivi sarebbe necessario, ai fini del riconoscimento del risarcimento dei danni, un giudizio prognostico da parte del giudice amministrativo che accerti la spettanza del bene della vita. Tuttavia, ad oggi, la giurisprudenza sembra escludere la necessità di un giudizio prognostico nell'ipotesi di interessi legittimi oppositivi e di voler tornare al criterio della risarcibilità di tali posizioni giuridiche soggettive elaborato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 500/1999. Infatti, in una recente pronuncia il Consiglio di Stato, riprendendo l'impostazione assunta dalle Sezioni Unite nella sentenza n.500/1999, ha affermato che «l'annullamento di una concessione edilizia riconosciuto illegittimo in sede giurisdizionale concreta indubbiamente la lesione di un interesse oppositivo, che la P.A. è tenuta a riparare mediante risarcimento del danno ingiusto (eventualmente) subito dall'interessato. Ed è altrettanto indubbio, in forza di tale qualificazione della posizione giuridicamente rilevante vantata dall'interessato, che l'interesse al bene della vita, al quale il danno ingiusto si correla, non richiede in tal caso alcun giudizio prognostico circa la sua attinenza ed acquisibilità alla sfera soggettiva dello stesso, né, sotto il profilo procedimentale, alcun espletamento di ulteriore attività amministrativa volta in qualche modo a dare esecuzione alla pronuncia di annullamento, che sola consentirebbe, secondo l'assunto del T.A.R., di appurare se davvero il ricorrente abbia titolo a conseguire il bene cui aspirava»³³. In sintesi, «potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere»³⁴.

In definitiva, la sentenza n.500/1999 opera una «rivoluzione copernicana» poiché pone al centro del sistema di responsabilità civile della Pubblica Amministrazione; non già la qualificazione giuridica della fattispecie astratta vantata dal soggetto, in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo, ma secondo la formula di cui all'art. 2043 c. c., in termini di ingiustizia del danno.

La risarcibilità degli interessi legittimi ha trovato conferma nella legge 21 luglio 2000, n. 205 «Disposizioni in materia di giustizia amministrativa». In particolare, l'art.7 della citata legge, nel riscrivere l'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 «Istituzione dei tribunali amministrativi regionali», ha attribuito alla competenza del Tribunale Amministrativo Regionale, «nell'ambito della sua giurisdizione» sia esclusiva che di

³³ Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8529, in www.giustizia-amministrativa.it; cfr. Cass. Civ., Sez. III, 10 febbraio 2005, n. 2705; Cass. Civ., Sez. Un., 15 giugno 2005, n. 12794.

³⁴ Così Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 22 luglio 1999, n.500.

legittimità, la cognizione di «tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali». Tali norme sono state abrogate dall'art. 4, Allegato 4 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 «Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo».

1.4. IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E LA DEFINITIVA CONSACRAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA RISARCIBILITÀ DEGLI INTERESSI LEGITTIMI

Una svolta definitiva in tema di risarcibilità degli interessi legittimi, è stata segnata con l'approvazione del Codice del Processo Amministrativo. Con il nuovo codice è stato definitivamente consacrato lo strumento risarcitorio quale mezzo ordinario di tutela esperibile innanzi al giudice amministrativo, il nuovo testo normativo ha, inoltre, costituito l'occasione, per il legislatore, di porre fine al lungo dibattito sull'elemento fondamentale in tema di risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi, ovverossia la natura giuridica della responsabilità della Pubblica Amministrazione.

Il legislatore assoggetta la responsabilità risarcitoria della Pubblica Amministrazione al modello aquiliano, in questo modo si pone in linea di continuità con le conclusioni a cui era giunta la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria a seguito della sentenza delle Sezioni Unite n.500/1999. Al riguardo, l'art. 30 c.p.a., rubricato «Azione di condanna», stabilisce al comma 2, che «può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria». Tale articolo conferisce, inoltre, alla responsabilità risarcitoria natura aquiliana: lo si evince dalla lettura della norma, lì dove viene richiamata la clausola aquiliana del «danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria», dal dolo o colpa quali requisiti soggettivi relativi al risarcimento del danno da ritardo amministrativo, nonché dal richiamo al risarcimento in forma specifica ex. art. 2058 del codice civile.

In tale contesto, occorre evidenziare che la natura aquiliana della responsabilità non è messa in discussione dalla previsione del termine decadenziale di centoventi giorni per l'esperimento della domanda; al tal proposito l'art. 30, comma 3, c.p.a. dispone che «la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero

dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo». Come espressamente osservato nella Relazione di accompagnamento al codice, la previsione di un termine decadenziale per la proposizione dell'azione risarcitoria, non si pone in contrasto con la vocazione della responsabilità a titolo aquiliano, poiché «potenzia la tutela del privato e, nello stesso tempo, offre una garanzia adeguata all'esigenza di certezza dei rapporti di diritto pubblico. Del resto, proprio il codice civile ben conosce ipotesi in cui, anche nei rapporti paritetici, viene privilegiata tale esigenza di certezza con la previsione di termini decadenziali entro cui contestare la conformità a diritto di determinate situazioni giuridiche, la cui scadenza preclude anche l'azione risarcitoria»³⁵.

2. IL DIBATTITO SULLA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER I DANNI CAGIONATI DA ATTIVITÀ PROVVEDIMENTALE

Per lungo tempo la dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate circa la natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione per violazione dell'interesse legittimo.

L'ampio dibattito sviluppatosi in giurisprudenza e in dottrina circa la natura della responsabilità per i danni cagionati da attività provvedimento illegittima, ha fatto emergere una pluralità di orientamenti: si registrano delle impostazioni favorevoli alla natura extracontrattuale, contrattuale per inadempimento di obblighi nascenti da "contatto sociale o, ancora, ad una ricostruzione in termini di responsabilità precontrattuale.

Tale questione non ha un valore meramente teorico ma, con tutta evidenza, presenta risvolti applicativi di fondamentale importanza. La qualificazione della responsabilità amministrativa come contrattuale o aquiliana comporta, infatti, conseguenze diverse circa la disciplina dell'azione risarcitoria, la distribuzione dell'onere probatorio e l'applicazione dei termini prescrizionali.

³⁵ Così F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, op. cit., 2012, p. 221; con specifico riguardo all'azione di condanna cfr. anche A. CARBONE, F. PIGNATIELLO, *Le azioni di cognizione*, in *Il nuovo processo amministrativo*, Vol. I, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2013, pp. 167-173; cfr. I. PAGANI, *Il giudizio risarcitorio*, in *Manuale di diritto processuale amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA, M. PROTTO, Roma, 2012, pp. 876-897.

2.1. LA TESI CHE RICONDUCE LA LESIONE DA INTERESSE LEGITTIMO ALLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE

L'orientamento dominante riconduce la responsabilità per lesione degli interessi legittimi nell'alveo della responsabilità aquiliana. Parte della dottrina, nell'accogliere tale impostazione, ne ha evidenziato la compatibilità con l'ordinamento europeo. Il modello della responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione, appare porsi in linea con i principi dell'Unione europea, in particolare con il principio di responsabilità di matrice europea, in base al quale «in materia di responsabilità extracontrattuale l'Unione europea deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni» (art. 340, para. 2 TFUE).

Al riguardo, è stato evidenziato che il giudice amministrativo, nel delineare i tratti della responsabilità della Pubblica Amministrazione «non dovrà mai perdere di vista gli orientamenti di derivazione comunitaria, proprio alla luce di quel processo di armonizzazione “circolare” tra regola comunitaria e norme interne»³⁶. Secondo la tesi in argomento, la responsabilità della Pubblica Amministrazione per danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo nasce dalla violazione del precetto del *neminem laedere*, ossia del divieto generale, gravante su ogni soggetto dell'ordinamento di recare danni altrui. Tale tesi è stata sostenuta dalla Suprema Corte che, nella nota sentenza n.500 del 1999, ha stabilito che «la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c.», attesa la necessità che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della Pubblica Amministrazione «l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo».

2.2. I RILIEVI CRITICI MOSSI ALLA TESI DELLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE: LA TESI DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE PER INADEMPIMENTO DI OBBLIGHI NASCENTI DA «CONTATTO AMMINISTRATIVO QUALIFICATO»

Nell'ordinamento giuridico italiano e si è sviluppata, con riguardo alla responsabilità

³⁶ R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 683.

della Pubblica Amministrazione, la teoria della responsabilità da «contatto sociale qualificato», detta anche da «contatto amministrativo».

La teoria che riconduce la lesione degli interessi legittimi alla responsabilità contrattuale, risulta tra le costruzioni alternative alla teoria della responsabilità extracontrattuale quella che ha riscosso maggior successo. In particolare, l'ipotesi di un inquadramento della responsabilità procedimentale – provvedimentale della Pubblica Amministrazione nel paradigma contrattuale è stata formulata dalla dottrina e condivisa, in parte, dalla giurisprudenza amministrativa.

Tale teoria si fonda sull'idea che da un semplice rapporto tra le parti possa scaturire un vincolo assimilabile a quello obbligatorio, in particolare il contatto sociale viene considerato fatto generatore di un'obbligazione. È stato, infatti, osservato che nelle fattispecie causative della responsabilità amministrativa, nello specifico quelle in cui l'Amministrazione e il privato leso sono parti di un procedimento amministrativo, difetta l'aspetto che caratterizza la responsabilità extracontrattuale: in sintesi, l'estraneità fra il danneggiante e il danneggiato. La Pubblica Amministrazione, rispetto al privato leso nel suo interesse legittimo, non è nella posizione del «passante» o del «chiunque»; al contrario, a seguito del «contatto» che si instaura, nel corso del procedimento amministrativo sorge tra cittadino ed Amministrazione Pubblica un rapporto giuridico destinato ad escludere quell'estraneità che costituisce il presupposto della responsabilità extracontrattuale³⁷.

Si tratta in sostanza di rapporti in cui, pur mancando l'elemento centrale del rapporto obbligatorio, ovvero la prestazione, sono tuttavia presenti «obblighi di protezione» della sfera giuridica della controparte.

Questa teoria si fonda sull'idea che il rapporto tra privato e Pubblica Amministrazione sia sostanzialmente assimilabile a quello civilistico elaborato dalla teoria della responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione. Si tratta di obblighi la cui fonte viene individuata nell'art. 1173 c.c. che sancisce il carattere aperto delle fonti delle obbligazioni, rinviando ad «ogni atto o fatto idoneo secondo l'ordinamento giuridico». Secondo tale impostazione la violazione di obblighi dà luogo ad una responsabilità contrattuale, non potendo invece configurarsi una responsabilità extracontrattuale, caratterizzata *ab origine* dall'assenza di doveri di comportamento rivolti a favore di soggetti determinati.

Al riguardo, è stato efficacemente osservato che l'ipotesi di un inquadramento della

³⁷ Cfr. S. CONTI, *La responsabilità risarcitoria della Pubblica Amministrazione*, in www.amcorteconti.it.

responsabilità procedimentale – provvedimento della Pubblica Amministrazione nel paradigma contrattuale è stata formulata dalla dottrina, «allo scopo di potenziare (in termini di tutela giuridica) la posizione del privato nei confronti della Pubblica amministrazione. La tesi riposa sull'assunto secondo il quale, una volta avviato il procedimento amministrativo (ad istanza di parte o d'ufficio; obbligatorio o facoltativo) si costituisce un rapporto giuridico tra l'Amministrazione procedente (o tenuta a procedere) ed il privato caratterizzato nei suoi contenuti prescrittivi da obblighi (accessori) di protezione dell'altrui sfera giuridica che sorgono per effetto dell'intervenuto contatto procedimentale; obblighi che si aggiungono al - principale - dovere dell'Amministrazione di perseguire l'interesse pubblico nel rispetto della legalità (categoria dogmatica - elaborata dai giusciviliisti - dell'obbligazione senza prestazione o, come pure è stato detto, della prestazione senza obbligazione). La violazione di detti obblighi (di protezione) comporterebbe una responsabilità di tipo contrattuale con tutte le conseguenze del caso sul piano del relativo regime normativo (inversione dell'onere di prova – prescrizione decennale, ecc...)»³⁸.

In dottrina è stato, però, osservato che non risulta possibile ricostruire la responsabilità della Pubblica Amministrazione in termini assolutamente identici a quelli del rapporto obbligatorio privatistico. «Osta a tale soluzione, infatti, il carattere unilaterale della decisione e la possibile presenza di elementi di discrezionalità». Tuttavia, la discrezionalità attiene al *quid* della decisione, non all'*an*: non al dovere di adottarla. Pertanto, «tale dovere potrebbe far pensare anche ad un vero e proprio rapporto obbligatorio con prestazione a carico dell'Amministrazione»³⁹.

Al riguardo, è stato sostenuto che nell'ambito del procedimento amministrativo non è di certo possibile sostenere che il privato si presenti nella stessa posizione di indifferenza del terzo estraneo che, in effetti, si trova in una posizione di indifferenza rispetto

³⁸ Così T.A.R. Puglia Bari, Sez. II, 21 ottobre 2002, n. 4624, in www.giustizia-amministrativa.it. «Osserva la Sezione, che il contenuto proprio dell'interesse legittimo (quale posizione azionata nel presente giudizio) consiste nella pretesa al corretto esercizio dei poteri autoritativi (verifica di conformità dell'atto al suo paradigma legale). Soltanto la violazione dei parametri di legittimità (frustrazione dell'interesse pubblico e contestuale, occasionale lesione dell'interesse personale) consente il – successivo – esercizio della facoltà (satellitare alla posizione sostanziale di base) di azionare la relativa tutela risarcitoria dell'interesse legittimo ove risultino evidenziate ricadute patrimoniali nella sfera giuridica del privato. Deve affermarsi, dunque, che la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo giammai può trovare la sua genesi in un diritto di fonte convenzionale».

³⁹ A. LIBERATI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione ed il risarcimento del danno*, Padova, 2009, p. 329, al riguardo l'autore evidenzia che con riguardo al profilo dell'*an* possa comunque «sussistere un vincolo nei confronti dell'amministrazione (peraltro esplicitato dalla legge 241/1990) che faccia sorgere una posizione di vero e proprio obbligo, cui corrisponde un diritto del privato. Ovviamente, il tutto con le peculiarità dettate dall'esercizio del potere pubblicistico».

all'Amministrazione. Il privato che si trovi coinvolto in un procedimento amministrativo assume una posizione molto più articolata e complessa di quella tipica del rapporto contrattuale; l'obbligazione di rispetto e protezione gravante sull'Amministrazione è, infatti, più pregnante e complessa di quella tipica del rapporto contrattuale⁴⁰. Questa impostazione è contenuta nella importante sentenza del 10 gennaio 2003, n. 157, con la quale la Corte di Cassazione ha, per la prima volta, sostenuto l'inadeguatezza dello schema della responsabilità aquiliana per spiegare il rapporto tra pubblica Amministrazione e cittadino.

La Corte di Cassazione ha, in primo luogo, evidenziato che nel dibattito sulla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi «s'insinua probabilmente oggi, a differenza che in passato, il disagio di misurare il contatto dei pubblici poteri con il cittadino secondo i canoni del principio di autorità, della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo e in definitiva emerge l'inadeguatezza del paradigma della responsabilità aquiliana». Il contatto del cittadino con la Pubblica Amministrazione è caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato. «Il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cassazione 500/99/Su, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'articolo 2043 cod. civ.: con le relative conseguenze di accertamento della colpa»⁴¹ In effetti, in tale pronuncia la Suprema Corte evidenzia la portata innovativa del

⁴⁰ Cfr. A. LIBERATI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione ed il risarcimento del danno*, op. cit., p. 330.

⁴¹ Così Cassazione, Sez. I, 10 gennaio 2003, n.157, in *Giur. It.*, n. 6/2003. Tale pronuncia costituisce il seguito del giudizio introdotto nel 1996 da un «famoso» privato, il quale chiedeva la condanna al Comune di Fiesole al risarcimento dei danni conseguenti al mancato inserimento di una sua area di proprietà tra le zone edificabili del piano regolatore generale. L'area di proprietà dell'istante era stata oggetto di convenzione di lottizzazione stipulata con l'Ente locale anteriormente alla formazione del piano. Il mancato inserimento della lottizzazione nel piano comunale era stato annullato dal Consiglio di Stato per difetto di motivazione circa le ragioni che avevano indotto il Comune a disattendere la convenzione, ma poco dopo la pronuncia di annullamento era intervenuta delibera consiliare che aveva riadattato, con puntuale motivazione, il piano regolatore con cui si era destinato a verde agricolo il suolo già oggetto della convenzione. Il privato chiedeva dunque i danni al Comune perché, nel periodo intercorso fra l'annullamento del piano (1990) e la rinnovazione (1991) non gli era stato consentito di realizzare la lottizzazione convenuta nel 1964, prima dell'entrata in vigore del regime impeditivo. Come noto il Comune aveva investito del caso la Suprema Corte di cassazione con ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, deducendo l'improponibilità della domanda di risarcimento per difetto assoluto di giurisdizione, siccome relativa alla lesione di interessi legittimi. Le Sezioni unite, con la «storica» sentenza n. 500/1999 avevano abbandonato il consolidato

principio espresso dalla sentenza Sez. Un. n.500/1999, e cioè che ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, in quanto la tutela risarcitoria è assicurata dall'esistenza di un pregiudizio, di un danno ingiusto provocato da una qualsiasi situazione soggettiva giuridicamente rilevante.

Tuttavia, la Corte decide, però, di compiere una rimeditazione sul contenuto dell'art. 2043 c.c., criticando l'impostazione delle Sezioni unite che individuano la lesione dell'interesse legittimo con la lesione al bene della vita. Ritenendo, infatti, che la nuova concezione dell'attività amministrativa («contatto» fra P. A. e cittadini) produca importanti riflessi sull'impostazione del problema della responsabilità della Pubblica Amministrazione. Ad avviso della Corte, l'interesse che deve essere tutelato è oggi l'interesse al rispetto delle regole procedurali (partecipazione al procedimento, conclusione tempestiva di esso senza aggravamenti, possibilità di accedere ai documenti).

Dunque, il fenomeno tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo costituirebbe in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa e ciò, secondo la Suprema Corte, darebbe origine ad un tipo di responsabilità molto più vicina alla responsabilità contrattuale.

L'impostazione in esame basata, sull'esistenza di obblighi della Pubblica Amministrazione e di corrispondenti diritti nei confronti del privato, ha anche ricevuto l'autorevole avallo della giurisprudenza amministrativa.

All'indomani della sentenza n.157/2003, anche i giudici amministrativi hanno espresso delle perplessità in ordine al modulo aquiliano della responsabilità per lesione degli interessi legittimi. La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, sottolineato che «il rapporto amministrativo costituisce un'ipotesi qualificata di “contatto sociale” tra i soggetti interessati e l'amministrazione [...] il contatto qualificato tra l'amministrazione ed il

principio giurisprudenziale della irrisarcibilità della lesione degli interessi legittimi, seppur dichiarando il ricorso inammissibile in quanto era da escludere che nella fattispecie fosse configurabile questione di giurisdizione, dandosi che l'accertamento sull'effettiva esistenza di un interesse tutelato atteneva al merito. Con sentenza 28 febbraio 2000 il Tribunale di Firenze, in accoglimento della domanda, condannava il Comune al risarcimento del danno. Il Comune proponeva appello e la Corte di Firenze, con un colpo di scena, accoglieva il gravame proposto dall'Amministrazione sotto il profilo dell'assenza, nel caso di specie, del danno ingiusto e del nesso causale tra la condotta dell'amministrazione ed il pregiudizio subito, in quanto il rischio di compressione dell'interesse individuale (non poter soddisfare l'interesse all'edificazione), sarebbe stato identificato anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione non avesse violato la norma che impone la motivazione degli atti amministrativi. La Corte d'appello, nonostante il mancato accoglimento della domanda, condivideva comunque la scelta delle Sezioni unite di abbandonare il principio tradizionale dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, attribuendo quindi all'art. 2043 c.c. il rango di norma primaria. Il privato, dopo anni di lotta per vedersi risarcire la propria posizione giuridica, si è a questo punto rivolto alla Cassazione, che ha deciso a Sezioni semplici la questione.

privato manifesta, progressivamente, l'emersione della pretesa dell'interessato e la sua crescente concretezza». «Secondo questa lettura interpretativa (sinteticamente riconducibile al filone teorico della responsabilità derivante dalla violazione di obblighi da contatto sociale qualificato), il diritto al risarcimento del danno conseguente all'adozione di provvedimenti illegittimi presenta una fisionomia sui generis, non riducibile al modello aquiliano dell'articolo 2043 del codice civile, ed è caratterizzata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni»⁴².

In tale ambito, occorre rilevare che parte della dottrina e della giurisprudenza ha contestato l'applicabilità della teoria del contatto sociale all'ipotesi della violazione dell'interesse legittimo.

In particolare, parte della dottrina ha affermato che la teoria del contatto sociale arriva paradossalmente a negare il risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi. Verrebbe, infatti, risarcita «la lesione dell'obbligazione accessoria di protezione, e non direttamente la lesione della situazione giuridica soggettiva primaria che si individua appunto come interesse legittimo».

In sintesi non verrebbe risarcito l'interesse legittimo leso dall'azione amministrativa illegittima, bensì «l'obbligo che lo accompagna o meglio la situazione di credito attiva corrispondente»⁴³. Dal canto suo parte della giurisprudenza amministrativa ha mostrato di aderire a tali censure, laddove ha sostenuto che a fronte della richiesta non del «mero danno che può subirsi per effetto di una illegittimità procedimentale sintomatica di una modalità comportamentale non improntata alla regola della correttezza, ma l'intero pregiudizio derivante dal mancato conseguimento del bene della vita», il Collegio non può «attribuire autonomo rilievo risarcitorio alla mera violazione dell'obbligo di comportamento imposto all'amministrazione, indipendentemente dalla soddisfazione dell'interesse finale».

In effetti il Consiglio di Stato rileva che la Corte di Cassazione «pare aderire, quindi, alla tesi dottrinale che qualifica la responsabilità dell'Amministrazione per attività provvedimentoale come responsabilità contrattuale nascente dall'inadempimento di una

⁴² Così Consiglio di Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4269, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ Cfr. L. TRAMONTANO, *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, op. cit., pp. 43-44, dove viene riportato il pensiero di G. DI GIANDOMENICO, il quale con riguardo alla risarcibilità dell'interesse legittimo sostiene che «viene a questo punto da chiedersi se, coerentemente, possa essere risarcito l'interesse sostanziale protetto dalla situazione-interesse legittimo, e cioè il bene della vita, o non piuttosto solo l'interesse sotteso all'obbligazione di protezione, ovviamente strumentale o procedimentale».

obbligazione senza prestazione, comunque non ricollegata alla lesione dell'utilità finale cui aspira il privato ma derivante dalla sola violazione di quei particolari obblighi stabiliti *ex lege* ed il cui rispetto è funzionale alla garanzia dell'affidamento del privato sulla legittimità dell'azione amministrativa». Lo stesso Collegio, evidenzia inoltre che la tesi in argomento pur essendo stata «già presa in considerazione dalla giurisprudenza amministrativa» che pure ha «talvolta ricollegato la responsabilità dell'Amministrazione alla sola violazione degli obblighi di correttezza comportamentale sulla stessa gravanti, ed alla compromissione, quindi, della situazione soggettiva di affidamento vantata dal privato». Tuttavia, il Collegio ritiene che non possa essere attribuito autonomo rilievo risarcitorio alla mera violazione dell'obbligo di comportamento imposto all'Amministrazione, indipendentemente dalla soddisfazione dell'interesse finale. In definitiva, al Giudice «non è consentito eludere la domanda, pena un'inammissibile vanificazione del principio di responsabilità dell'Amministrazione e un'inaccettabile banalizzazione della tutela risarcitoria»⁴⁴. Il successivo e maggioritario orientamento giurisprudenziale ha ritenuto che la responsabilità per lesione degli interessi legittimi vada ricondotta nell'alveo della responsabilità tipo extracontrattuale⁴⁵.

2.3. LA TESI DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

Nel recente passato, la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione era nettamente respinta dalla giurisprudenza. Soltanto di recente si sono avute aperture in tal senso, ma limitatamente a specifiche fattispecie⁴⁶.

In particolare, la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione è stata riscontrata «laddove la stessa adotti, quale modalità di selezione del contraente, la trattativa privata: in tal caso, operando *iure privatorum*, l'amministrazione, al pari di ogni privato, deve rispettare i precetti di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. ed il suo comportamento è

⁴⁴ Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, in www.giustizia-amministrativa.it, al riguardo il giudice amministrativo evidenzia con maggiore impegno esplicativo che «la ricostruzione della responsabilità dell'Amministrazione in termini di responsabilità derivante dalla mera violazione degli obblighi imposti a presidio dell'affidamento del privato, meritoria laddove consente di ristorare in via equitativa il pregiudizio anche nelle ipotesi in cui non si riesca a comprovare la spettanza dell'utilità finale, non può certo condurre ad un abbattimento della portata rimediaria della tutela ristoratoria, precludendo al privato di invocare, dimostrandolo anche con riguardo al *quantum*, il risarcimento del danno pieno, subito per effetto del mancato conseguimento del bene della vita».

⁴⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 ottobre 2008, n. 5267, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ Come noto, in base al prevalente orientamento giurisprudenziale, la responsabilità precontrattuale, va ricondotta all'alveo della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, *ex multis*, Corte di Cassazione, sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299.

sindacabile dal giudice ordinario»⁴⁷.

La risarcibilità del danno per responsabilità precontrattuale è stata, poi, riconosciuta con riguardo alla specifica materia delle procedure di gara d'appalto; in particolare, i giudici amministrativi hanno risarcito il danno, inquadrando la responsabilità dell'Amministrazione nell'ambito dell'art. 1337 del codice civile. In effetti, la *culpa in contrahendo* della Pubblica Amministrazione è stata riconosciuta nella circoscritta ipotesi della fase dell'aggiudicazione⁴⁸. In tale fase, si è ritenuto che l'impresa che ha conseguito l'aggiudicazione è ormai soggetto individuato quale contraente dell'Amministrazione, pertanto, a fronte di un legittimo affidamento protetto dalla tutela apprestata per il contraente in buona fede, è stata riconosciuta la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante per violazione dei principi di correttezza e buona fede⁴⁹.

Di contro, l'ammissibilità della responsabilità precontrattuale è stata negata nella fase antecedente all'aggiudicazione, considerata squisitamente pubblicistica. Si è, infatti, affermato che in tale fase il privato non ha ancora la qualità di futuro contraente, ma è soltanto titolare di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta ad opera della Pubblica Amministrazione: «difettano quindi le condizioni strutturali per il delinearsi di trattative tra soggetti qualificabili come “parti” e di un reciproco diritto all'osservanza delle regole di buona fede»⁵⁰.

La giurisprudenza amministrativa ha, ad esempio, riscontrato la responsabilità precontrattuale in una fattispecie in cui l'Amministrazione procedente, rilevando un errore nel procedimento di gara già espletato, aveva proceduto a rimuovere in autotutela la gara

⁴⁷ Così R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010, p. 70.

⁴⁸ «In materia di contratti della P.A. e di selezione del contraente, la violazione delle regole di correttezza ex art. 1337 c.c. assume rilevanza e significato solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente degli effetti vantaggiosi (es. aggiudicazione) e questi siano venuti meno, trasformandosi in affidamenti senza seguito», così Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 5 settembre 1995, n. 6, in M. CORRADINO, M. CAPIZZI, *Il diritto amministrativo nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Roma, 2014, pp.195-197.

⁴⁹ Cfr. F. CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto, relazione tenuta al convegno del 29 ottobre 2007 su «Attività contrattuale e responsabilità della pubblica amministrazione»*, in www.giustizia-amministrativa.it, dove viene rilevato che costituisce «principio consolidato del diritto nazionale, come del sistema europeo, quello secondo cui l'obbligo risarcitorio da condotta prenegoziale illecita presuppone, oltre alla violazione dei canoni comportamentali dipinti dalla normativa civilistica e dai principi che la animano, anche la vulnerazione di un affidamento meritevole di tutela in capo alla controparte danneggiata. Si parla, all'uopo, di legittimo affidamento ovvero, [...], di legittimate *expectation*, di *vertrauensschutz*, o, ancora, di *confiance légitime*». E' in altre parole necessario che il danneggiato versi nella ragionevole «convinzione del buon esito delle trattative; non è per converso tutelabile un'aspettativa figlia di un atteggiamento doloso o anche solo colposo».

⁵⁰ Così R. GIOVAGNOLI, *op. ult. cit.*, pp. 70-71.

stessa, ancorché fosse già intervenuta l'aggiudicazione in capo all'impresa vincitrice della selezione. Al riguardo, il giudice amministrativo ha affermato che «non vi è dubbio che, in una fattispecie quale quella in esame, poco utile appare il modello risarcitorio riconducibile allo schema degli articoli 2043 e ss. c.c., il quale postula l'accertamento prognostico della spettanza del bene della vita perseguito dal soggetto. Più utile, ma non pienamente soddisfacente, potrebbe rivelarsi il richiamo all'alternativo modello basato sulla violazione degli obblighi di protezione gravanti sull'amministrazione, in base al generale canone di correttezza del suo agire procedimentale, nell'ambito del "contatto sociale qualificato" costituito dal procedimento di evidenza pubblica. Più appropriato alla fattispecie in esame si palesa – ad avviso del Collegio – il modello della responsabilità precontrattuale mutuato dalle disposizioni ex artt. 1337 - 1338 c.c.». Il giudice amministrativo aggiunge poi che «l'obbligo giuridico sancito dall'art. 1337 cod. civ. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative è stabilito perché con l'instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela. Pertanto, se durante tale fase formativa del negozio, una parte viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte - anche colposamente, in quanto non occorre un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente - in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto risponde per responsabilità precontrattuale»⁵¹. In tale ambito, occorre, inoltre evidenziare che la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione è configurabile nel caso in cui l'ente pubblico abbia, nell'ambito delle trattative e delle relazioni con i terzi, emanato provvedimenti, ovvero compiuto azioni o sia incorso in omissioni, contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'essa è tenuta, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c.⁵² A tal riguardo, è utile evidenziare che la sussistenza della responsabilità precontrattuale non presuppone necessariamente l'illegittimità del provvedimento amministrativo, può, infatti accadere che i principi di correttezza e di buona fede vengano violati attraverso un provvedimento, di per sé, legittimo se non addirittura doveroso. Si pensi, a titolo di esempio, al caso della revoca legittima ma tardiva di una procedura ad evidenza pubblica che non avrebbe dovuto avere inizio per mancanza di copertura finanziaria. Il

⁵¹ Così Consiglio di Stato, 6 dicembre 2006, n. 7194, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵² Cfr. Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313.

provvedimento è sicuramente legittimo, ma è certamente caratterizzato da superficialità, in sintesi violativo dei più elementari obblighi di attenzione e trasparenza al cospetto del quale si stagliano dei diritti soggettivi di stampo schiettamente privatistico.

La qualificazione della responsabilità della Pubblica Amministrazione come precontrattuale, implica la limitazione del risarcimento del danno al c.d. interesse negativo rappresentato dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente), e dalla perdita di ulteriori occasioni di stipulazione di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (lucro cessante)⁵³, con esclusione dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione e l'esecuzione del contratto.

Con riguardo al risarcimento derivante dalla perdita delle favorevoli occasioni contrattuali, la giurisprudenza ha precisato che il danneggiato deve fornire adeguate deduzioni probatorie, non potendo limitarsi a fare riferimento al valore di mercato del bene oggetto del contratto. È stato, infatti, osservato che in ordine alla richiesta di risarcimento del danno da perdita di *chance* è cosa ontologicamente diversa dal vantaggio derivante dall'esecuzione del contratto invalido. «La perdita di *chance*, diversamente dal danno futuro, che riguarda un pregiudizio di là da venire soggetto a ristoro purché certo e altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto, costituisce un danno attuale non irrealizzato, che non si identifica con la perdita di un risultato utile bensì con la perdita della possibilità di conseguirlo, e richiede, a tal fine, che siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato (ossia una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento statisticamente valutabile con giudizio prognostico *ex ante* secondo l'*id quod plerumque accidit* sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato, al fine di ottenere il risarcimento per perdita di una *chance*, è quindi

⁵³ Con riguardo al lucro cessante, va evidenziato che ribadito che «l'ambito della tutela dell'art. 1337 cod. civ. è più propriamente non tanto la violazione dell'interesse a perfezionare la trattativa quanto quello a non averla proprio iniziata, con conseguente perdita di altre occasioni favorevoli. detto in altri termini, in caso di *culpa in contrahendo*, i danni risarcibili comprendono (oltre alle spese sostenute in previsione della conclusione del contratto) le perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni per la mancata conclusione di un altro contratto dello stesso oggetto, mentre resta escluso il risarcimento dei danni che si sarebbero evitati e dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto», Pertanto, è senz'altro risarcibile il danno a titolo di spese sostenute per la partecipazione alla procedura di gara, in ragione della pacifica circostanza della avvenuta partecipazione dell'impresa ricorrente alla procedura poi annullata, con un'offerta ritenuta dalla stessa amministrazione valida e meritevole di aggiudicazione, non è, invece, risarcibile, il «mancato guadagno dell'utile d'impresa» ed invero, questa seconda voce di danno corrisponde alla componente del lucro cessante nel danno per lesione del c.d. interesse positivo, quale interesse all'esecuzione del contratto, e come tale non può essere risarcita in una fattispecie di responsabilità precontrattuale, così Consiglio di Stato, 6 dicembre 2006, n. 7194, in www.giustizia-amministrativa.it.

necessario che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra il danno e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno, e provi, conseguentemente, la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta»⁵⁴.

Per quanto evidenziato la responsabilità precontrattuale andrà esclusa a fronte di atti o comportamenti illegittimi posti in essere dall'Amministrazione nella fase prodromica dell'evidenza pubblica. Tale responsabilità andrà ricondotta nell'alveo della generale responsabilità extracontrattuale per violazione degli interessi legittimi.

In tale prospettiva, eventuali atti illegittimi della procedura d'evidenza pubblica daranno vita a forme di responsabilità precontrattuale c.d. spuria (o in senso lato o prenegoziale). In tale ipotesi, infatti, non viene censurato l'operato della Pubblica Amministrazione come cattivo contraente, ma per il cattivo uso del potere; non si assiste, infatti, alla violazione dei canoni privatistici di buona fede e diligenza con connessa incisione di una situazione giuridica di diritto soggettivo ad esigere adeguati standard comportamentali, bensì si è di fronte al non corretto esercizio del potere pubblicistico di stampo autoritativo, con connessa incisione della corrispondente posizione di interesse legittimo.

Si tratta in definitiva di responsabilità da lesione di interessi legittimi «solo ambientalmente connessa alle trattative precontrattuali ma morfologicamente assai diversa alla violazione dei principi di buona fede e di legittima aspettativa tipici dei rapporti prenegoziali: una responsabilità precontrattuale «sul piano cronologico ma non sul versante ontologico». Nel caso di specie, la Pubblica Amministrazione si presenta, pertanto, «come una cattiva autorità che abusa del suo potere e non come un cattivo contraente che lede i canoni privatistici posti dalla normativa di diritto comune»⁵⁵.

⁵⁴ Così Consiglio di Stato, Sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁵ Così F. CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione : un istituto dal sesso incerto, relazione tenuta al convegno del 29 ottobre 2007 su «Attività contrattuale e responsabilità della pubblica amministrazione»*, in www.giustizia-amministrativa.it, l'autore evidenzia in particolare che «con la responsabilità precontrattuale pura (o in senso stretto, o in senso ariano o in senso ontologico) designiamo, invece, quella, [...] che discende dalla trasgressione dei canoni comportamentali di marca privatistica posti dagli artt. 1337 e 1338 c.c.». Nel caso della responsabilità amministrativa precontrattuale «il soggetto pubblico non adotta provvedimenti illegittimi ma tiene comportamenti illeciti. Oggetto di denuncia non sono cioè gli atti formali, atomisticamente presi, *ex se* perfettamente legittimi, ma la condotta fattualmente tragiurata, viceversa illecita. Si pensi al caso della revoca legittima ma tardiva di una gara che

3. LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: ANALISI DEGLI ELEMENTI COSTITUTIVI

Come in precedenza evidenziato, il legislatore italiano ha ricondotto la responsabilità risarcitoria della Pubblica Amministrazione al modello aquiliano, ponendosi in tal modo in linea di continuità con le conclusioni cui era giunta la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria a seguito della sentenza delle Sezioni Unite n.500/1999.

Tanto si evince dalla lettura dell'art. 30, comma 2 c.p.a., nel quale viene richiamata la clausola aquiliana del «danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria». Nello stesso articolo, vengono inoltre menzionati gli elementi del dolo o della colpa quali requisiti soggettivi relativi al risarcimento del danno da ritardo amministrativo, nonché il risarcimento in forma specifica *ex art. 2058* del codice civile. In sintesi, i «nuovi scenari del processo amministrativo non lasciano spazio all'applicazione di principi non aquiliani alla responsabilità che consegue all'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa autoritativa o al suo esercizio»⁵⁶. L'adesione al modello aquiliano della responsabilità della Pubblica Amministrazione si evince anche dall'analisi dell'art. 2-bis, legge n.241/1990, introdotto dall'art. 7, co.1, lett. c), legge 18 giugno 2009, n. 69. L'art. 2-bis, legge n.241/1990 rubricato «conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento», stabilisce che la Pubblica Amministrazione è tenuta «al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento». Il riferimento all'elemento dell'ingiustizia, nonché la necessità dell'elemento soggettivo, mette in luce l'adesione del legislatore al modello extracontrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione.

Accogliendo il modello della responsabilità aquiliana per lesione degli interessi legittimi, si comprende che per accedere alla tutela risarcitoria occorre provare la

non avrebbe mai dovuto avere inizio per mancanza dei relativi fondi: il provvedimento è legittimo se non doveroso, ma è una tessera legittima di un mosaico connotato da condotta complessiva superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza e di attenzione al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo schiettamente privatistico».

⁵⁶ Così S. PUDDU, *Colpa dell'apparato e rapporto procedimentale*, Napoli, 2011, pp. 85-86, con specifico riguardo all'art. 30 c.p.a., viene evidenziato che «al di là della formulazione della norma, da alcuni ritenuta poco perspicua [...] ci sembra che il riferimento al danno ingiusto sottenda un'opzione inequivocabile in tal senso (art.30, comma secondo). Ancor più esplicite sono le disposizioni che si riferiscono al danno da ritardo, sia l'art. 30 (comma quarto), che l'art. 133 (comma primo, lett.a); in linea nei contenuti con l'art. 2043 c.c.»

sussistenza:

- i) di un evento dannoso;
- ii) dell'ingiustizia del danno, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento;
- iii) del nesso eziologico tra la condotta e il danno;
- iv) della componente soggettiva, ovvero se l'evento dannoso sia imputabile a titolo di dolo o colpa della Pubblica Amministrazione.

3.1. GLI ELEMENTI OGGETTIVI DELL'ILLECITO

Nella fattispecie disciplinata dall'art. 2043 c.c. tre elementi individuano la componente oggettiva dell'illiceità dell'evento lesivo subito dal soggetto danneggiato: «(il verificarsi di) un *danno* (che possa qualificarsi come) *ingiusto* e (sia legato da) un *rapporto di causalità* con la condotta del soggetto chiamato a rispondere della lesione»⁵⁷.

3.1.1. IL DANNO

L'elemento del danno presenta elementi di indubbia rilevanza. La complessità dell'argomento è strettamente connesso alla distinzione nell'ambito degli interessi sostanziali⁵⁸ tra:

- i) interessi legittimi pretensivi (o dinamici o di pretesa), diretti al conseguimento di un bene della vita e, quindi, di uno specifico provvedimento amministrativo e della relativa e connessa utilità sostanziale;
- ii) interessi legittimi oppositivi (o statici o di difesa), volti alla conservazione di un bene della vita e, pertanto, diretti ad impedire provvedimenti amministrativi lesivi delle situazioni giuridiche soggettive⁵⁹.

⁵⁷ Così M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006, p. 131.

⁵⁸ Gli interessi sostanziali costituiscono uno strumento per mantenere o per conseguire un'utilità della vita e si distinguono dagli interessi formali che sono strumenti per far valere eventuali illegittimità procedurali dell'azione amministrativa in sé considerate e, quindi, azionabili indipendentemente da una specifica tutela dell'interesse materiale sottostante.

⁵⁹ Indubbiamente, se si fa riferimento all'interesse materiale che lega il soggetto al bene della vita e che, attraverso i collaudati schemi del diritto, intende conservare o conseguire, ci si accorge che la struttura di fondo del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo è identica. Ciò che caratterizza e distingue l'interesse legittimo dal diritto soggettivo è il modo con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione; nel caso dell'interesse legittimo è necessaria l'intermediazione della Pubblica Amministrazione, in sintesi l'interesse legittimo ha la sua fonte nell'esercizio della funzione pubblica.

Le due tipologie di interessi si distinguono sotto diversi profili. In particolare, tali interessi:

- i) generano due differenti tipologie di danno e conseguentemente differenti tipologie di pretese;
- ii) impongono l'utilizzo di una diversa tecnica di accertamento della lesione al bene della vita cui aspira il soggetto.

Per quanto attiene al primo profilo, occorre notare che nell'ipotesi di violazione di un interesse legittimo pretensivo il soggetto può chiedere l'annullamento del provvedimento di rifiuto, oppure proporre azione avverso il silenzio chiedendo al giudice, qualora siano sussistenti prescritti presupposti, di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31 c.p.a.).

Nel caso di lesione dell'interesse legittimo oppositivo il soggetto può, invece, richiedere soltanto l'annullamento del provvedimento lesivo. Con riguardo al danno, occorre evidenziare che nell'ipotesi di lesione di interessi legittimi oppositivi il singolo subisce un danno da «disturbo» all'esercizio delle facoltà connesse al suo diritto, nell'ipotesi, invece, di lesione dell'interesse legittimo pretensivo il soggetto subisce un danno da ritardo nell'ampliamento della sua sfera giuridica.

Per quanto concerne il secondo aspetto, in base ad un orientamento giurisprudenziale ormai superato, nell'ipotesi di violazione di un interesse legittimo oppositivo l'ingiustizia del danno sussisteva in rapporto sia ai vizi formali che sostanziali del provvedimento amministrativo, era, inoltre, possibile ravvisare l'ingiustizia del danno nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere. In sintesi, a fronte di un interesse legittimo oppositivo il vizio sostanziale poteva essere considerato sussistente *ex se* e desumersi dal fatto stesso che il soggetto fosse titolare di una situazione giuridica di vantaggio. Nel caso, invece, di violazione di interessi legittimi pretensivi sarebbe stato necessario un giudizio prognostico sull'effettiva spettanza del bene della vita preteso dal soggetto.

Tale tesi sostenuta dalla Suprema Corte nella sentenza n.500/1999, ha suscitato alcune perplessità in dottrina e in giurisprudenza. Tale approccio interpretativo è stato, infatti, considerato un sistema di «iperprotezione» dell'interesse oppositivo, il quale avrebbe potuto ricevere protezione a prescindere da una preventiva distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali.

Al riguardo, è stato osservato che nel caso in cui venga richiesto il risarcimento dei

danni per lesione di interessi legittimi oppositivi, l'esclusione di un giudizio sulla spettanza del bene giuridico determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento rispetto al caso di lesione di interessi pretensivi. Infine, «non si comprenderebbe per quale ragione, mentre l'articolo 21-octies della legge n.241/1990 ha generalizzato il giudizio sul raggiungimento dello scopo della norma violata senza distinguere tra interessi pretensivi e interessi oppositivi, si dovrebbe continuare ad affermare che ai fini dell'azione risarcitoria, il giudizio sulla spettanza del bene della vita debba riguardare soltanto gli interessi pretensivi»⁶⁰. Per tale ragione, si è ritenuto che anche per gli interessi legittimi oppositivi il pregiudizio dell'interesse individuale conseguente all'illegittimo esercizio del potere amministrativo non determinasse automaticamente un danno ingiusto.

Pertanto, per rinvenire la presenza di un danno ingiusto occorre una verifica ulteriore. Parte della giurisprudenza, al fine di evitare il citato rischio «iperprotezione» degli interessi oppositivi ha proposto l'utilizzo del criterio che distingue tra vizi formali e sostanziali dell'atto. In base a tale criterio, il danno può definirsi ingiusto a fronte di un vizio sostanziale del provvedimento, risultando l'interesse al bene della vita in concreto meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento giuridico⁶¹.

Tuttavia, ad oggi, la giurisprudenza sembra escludere la necessità di un giudizio prognostico nell'ipotesi di interessi legittimi oppositivi e di voler tornare al criterio della risarcibilità di tali posizioni giuridiche soggettive elaborato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 500/1999⁶².

⁶⁰ Così M. CORRADINO, *Corso di diritto amministrativo sostanziale*, pp. 426-427.

⁶¹ Cfr. M. CORRADINO, *Corso di diritto amministrativo sostanziale, op. cit.*, p. 428, in cui viene evidenziato che «secondo la tesi, il danno poteva definirsi ingiusto sia in presenza di vizi sostanziali che in presenza di vizi formali, ma in quest'ultimo caso l'ingiustizia del danno andava senz'altro esclusa allorché si fosse provato che l'amministrazione non avrebbe potuto decidere diversamente anche se avesse osservato la regola violata»

⁶² Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8529, in www.giustizia-amministrativa.it, con tale pronuncia il Consiglio di Stato, riprendendo l'impostazione assunta dalle Sezioni Unite nella sentenza n.500/1999 ha affermato che «l'annullamento di una concessione edilizia riconosciuto illegittimo in sede giurisdizionale concreta indubbiamente la lesione di un interesse oppositivo, che la P.A. è tenuta a riparare mediante risarcimento del danno ingiusto (eventualmente) subito dall'interessato. Ed è altrettanto indubbio, in forza di tale qualificazione della posizione giuridicamente rilevante vantata dall'interessato, che l'interesse al bene della vita, al quale il danno ingiusto si correla, non richiede in tal caso alcun giudizio prognostico circa la sua attinenza ed acquisibilità alla sfera soggettiva dello stesso, né, sotto il profilo procedimentale, alcun espletamento di ulteriore attività amministrativa volta in qualche modo a dare esecuzione alla pronuncia di annullamento, che sola consentirebbe, secondo l'assunto del T.A.R., di appurare se davvero il ricorrente abbia titolo a conseguire il bene cui aspirava».

3.1.1.1. IL DANNO DA RITARDO

L'esercizio dell'azione amministrativa non può sottrarsi al rispetto dell'elementare limite costituito dal tempo. Il rispetto dei tempi procedurali risulta fondamentale alla luce dei principi di efficienza, efficacia, buon andamento e imparzialità a cui l'attività amministrativa deve ispirarsi ed è, inoltre, necessario per non incidere negativamente su diritti costituzionalmente tutelati.

La giurisprudenza amministrativa ha chiaramente affermato che l'obbligo di provvedere entro i termini stabiliti dall'ordinamento, sussiste anche in assenza di un'espressa previsione legislativa che «tipizzi» l'istanza del privato. In particolare è stato osservato che «l'obbligo giuridico di provvedere, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, sussiste in tutte quelle fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano l'adozione di un provvedimento e quindi, tutte quelle volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) della Amministrazione. Una volta avviato, anche di ufficio, un procedimento, l'Amministrazione ha, comunque, il dovere di concluderlo con un provvedimento espresso, diretto a indicare, in modo trasparente, la decisione assunta, nell'ambito delle opzioni discrezionali consentite»⁶³.

In tale ottica, il danno causato dalla Pubblica Amministrazione per il mancato rispetto dei tempi procedurali, il c.d. danno da ritardo, si configura, di norma, nei casi di lesione di interessi legittimi pretensivi.

Nell'ambito di tale tipologia di danno possono essere ricondotte tre diverse ipotesi:

- i) adozione tardiva di un provvedimento amministrativo legittimo, ma sfavorevole al destinatario (c.d. danno da mero ritardo);
- ii) adozione tardiva di un provvedimento amministrativo legittimo e favorevole all'interessato;
- iii) inerzia, quindi mancata adozione del provvedimento amministrativo richiesto.

Al riguardo, va rilevato che il dibattito dottrinario e giurisprudenziale, relativo alla ricostruzione di tale figura di danno, risulta particolarmente articolato. In effetti, la giurisprudenza è apparsa divisa su un punto centrale: «se il danno sia risarcibile o meno indipendentemente dalla spettanza del bene della vita, cioè indipendentemente dal fatto che

⁶³ Così Consiglio di Stato, Sez. V, 3 giugno 2010, n. 3487, in www.giustizia-amministrativa.it.

il privato abbia titolo al rilascio del provvedimento richiesto. Posta la questione da un'altra prospettiva: è sufficiente la mera violazione di obblighi di correttezza e buona fede nello svolgimento del procedimento - nella specie, il mancato rispetto dei tempi del procedimento - a fondare un titolo risarcitorio?»⁶⁴.

In base ad un primo indirizzo interpretativo, la responsabilità della Pubblica Amministrazione va riconosciuta per il solo fatto del ritardo, in assenza, quindi, di ogni indagine sulla spettanza del bene della vita. In tale ambito, il tempo viene considerato come un autonomo bene giuridico.

Secondo una diversa ricostruzione, il danno da ritardo risulta ancorato alla spettanza del bene della vita o dell'utilità finale. In tale senso, si colloca la pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 settembre 2005, n.7, che ha escluso la possibilità di riconoscere il risarcimento del danno da ritardo per il solo fatto che non fosse stato emanato il provvedimento richiesto nei tempi previsti dalla legge e, dunque, indipendentemente dall'effettiva spettanza del bene⁶⁵. In particolare, il Collegio ha affermato che «il sistema di tutela degli interessi pretensivi [...] consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (suscettibile di appagare un "bene della vita")»⁶⁶.

In tale contesto, la questione dell'autonoma risarcibilità del danno da mero ritardo svincolato dall'accertamento della spettanza del bene della vita, che sembrava essere stata risolta dalla decisione della Adunanza Plenaria n.7/2005, si è riproposta a seguito dell'introduzione dell'art. 2-bis della legge n.241/1990, ad opera dell'art. 7, co.1, lett. c), legge 18 giugno 2009, n. 69. L'art.2-bis, legge n.241/1990, rubricato «conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento», stabilisce che la Pubblica Amministrazione è tenuta «al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento». Dalla lettura di tale norma appare, in effetti, che il legislatore abbia ritenuto che la condanna al risarcimento del danno non debba essere più condizionata

⁶⁴ Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 marzo 2005, n. 875, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁵ Cfr. CORRADINO M., CAPIZZI M., *Il diritto amministrativo nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Roma, 2014, pp. 191-195.

⁶⁶ Così Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 settembre 2005, n.7, in www.giustizia-amministrativa.it.

dall'accertamento della spettanza del bene della vita, al quale l'interesse legittimo si correla, risultando sufficiente l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento⁶⁷.

La scelta di rendere esplicito il riconoscimento della risarcibilità del danno da ritardo è stata, da taluni, interpretata nel «senso della volontà di aprire alla tutela risarcitoria dal danno da mero ritardo»⁶⁸, ritenendo che il legislatore, con l'introduzione dell'art.2-bis, legge n.241/1990, avesse inteso avallare l'opzione interpretativa che considera il tempo come bene della vita meritevole di autonoma dignità e suscettibile di tutela risarcitoria.

Altra parte della dottrina ha, invece, ritenuto che la norma in commento, a causa della sua genericità, non poteva ritenersi idonea a comportare alcun mutamento dei consolidati indirizzi giurisprudenziali formatisi in materia.

Parte della giurisprudenza amministrativa ha continuato a riprodurre i principi sanciti dall'Adunanza Plenaria n.7/2005, affermando che la norma di cui all'art. 2-bis della legge n.241/1990 non consente il risarcimento di una aspettativa all'agire legittimo dell'Amministrazione, bensì il mancato conseguimento del bene della vita cui il privato anela al momento della proposizione dell'istanza⁶⁹.

Altra parte della giurisprudenza ha sostenuto che l'art.2-bis, comma 1, legge n.241/1990, presuppone che «anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economico»⁷⁰. In base a tale

⁶⁷ Nella struttura dell'art.2-bis legge n.241/1990 gli elementi fondanti la fattispecie dannosa sono quattro: a) la violazione dell'obbligo di provvedere; b) la presenza della colpa e del dolo; c) la produzione di un danno ingiusto; d) il nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo e il danno ingiusto cagionato.

⁶⁸ Cfr. R. GAROFOLI, *Diritto Amministrativo*, Vol.3, Roma, 2013, pp. 417-418.

⁶⁹ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 24 febbraio 2011, n. 1720, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2535, in www.giustizia-amministrativa.it, dove viene evidenziato «come l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (15 settembre 2005 n. 7) abbia chiarito che il G.A. riconosce il risarcimento del danno causato al privato dal comportamento dell'Amministrazione solo quando sia stata accertata la spettanza del c.d. bene della vita: non è invece risarcibile il danno da ritardo provvedimento c.d. «mero», occorrendo appunto verificare se il bene della vita finale sotteso all'interesse legittimo azionato sia, o meno, dovuto»; Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 6609, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui «non è predicabile alcun danno da ritardo in capo all'Amministrazione perché, come correttamente ha dedotto la difesa erariale, sulla scorta di condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (cfr. sez. V[^], n. 1796 del 2011), il c.d. risarcimento da ritardo presuppone in ogni caso l'accertamento della spettanza, in capo al richiedente, del c.d. bene della vita per l'ottenimento del quale è avviato il procedimento amministrativo, circostanza che nella specie non è ricorrente».

⁷⁰ Così Consiglio di Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in www.altalex.com; cfr. C.G.A.R.S., 24

impostazione, la nuova previsione normativa costituisce una disposizione di carattere sistematico che, nel qualificare la condotta dell'Amministrazione inadempiente nell'ipotesi di «inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento», ha inteso ampliare il novero delle situazioni tutelabili. Tale indirizzo interpretativo riconosce che il ritardo nella conclusione di un procedimento amministrativo è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce un fattore essenziale nella predisposizione e nell'attuazione dei piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la convenienza.

Da quanto evidenziato, risulta che con la legge n.69/2009, il legislatore sancisce definitivamente la risarcibilità del danno da ritardo che, in modo chiaro, viene ascritta al modello della responsabilità extracontrattuale. Tuttavia, non viene chiarita l'effettiva portata della disposizione normativa, in quanto la genericità dall'enunciato legislativo non sembra permettere di dirimere il contrasto giurisprudenziale relativo alla risarcibilità del c.d. mero danno da ritardo. Infatti, la citata normativa «è stata apprestata, per così dire, a maglie larghe, rimettendo, in ultima istanza, al giudice la definizione dell'ampiezza e quindi dell'effettività della tutela in materia»⁷¹.

In tale ambito, appare necessario comprendere in che termini si configura il risarcimento del danno per «ritardo puro», atteso che risulta pacifico che non è risarcibile il solo fatto della violazione dei termini procedurali. Al riguardo, va evidenziato che l'accertamento della responsabilità della Pubblica Amministrazione per il tardivo esercizio della funzione amministrativa non può ricollegarsi, quale effetto automatico, alla mera constatazione della violazione dei termini del procedimento; a tal fine, è richiesto che il danno costituisca la conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'Amministrazione e che l'inosservanza dei termini procedurali sia imputabile a colpa o dolo dell'Amministrazione medesima.

La giurisprudenza ha rilevato che «l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi *iuris tantum* in meccanica ed esclusiva relazione

ottobre 2011, n.684, in www.giustizia-amministrativa.it, dove viene rilevato che la norma di cui all'art. 2-bis, legge n.241/1990 «presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica. In questa prospettiva ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un investimento si traduce nell'aumento del c.d. “rischio amministrativo” e, quindi, in maggiori costi, attesa l'immanente dimensione diacronica di ogni operazione di investimento e di finanziamento».

⁷¹ Così R. GAROFOLI, *Diritto Amministrativo*, Vol.3, *op. cit.*, p. 420.

al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, *ex art. 2697 c.c.*, provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda, ossia oltre al danno, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa ed il nesso di causalità tra danno ed evento». Pertanto, l'accertamento della responsabilità della Pubblica Amministrazione per il tardivo esercizio della funzione amministrativa «non può ricollegarsi, quale effetto automatico, alla mera constatazione della violazione dei termini del procedimento. Si richiede un *quid pluris*, ossia che l'inosservanza dei termini procedurali sia imputabile a colpa o dolo dell'amministrazione medesima, e che il danno sia conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'amministrazione»⁷².

Per quanto evidenziato, la lesione dell'interesse giuridicamente tutelato che dà vita al risarcimento del danno, non è «il tempo perso» in sé, bensì la conseguenza dannosa che la lesione del bene tempo ha determinato nella sfera del soggetto in conseguenza dell'inosservanza del profilo temporale. Il fattore temporale potrà assumere «rilevanza laddove rapportato all'esito favorevole del giudizio, ma assumerà valenza risarcitoria anche con riguardo a tutte quelle ipotesi nelle quali la sfera giuridica del soggetto appare lesa in connessione al fattore temporale e pur in assenza del provvedimento amministrativo favorevole o sfavorevole»⁷³.

Dall'analisi della recente giurisprudenza amministrativa, emerge che la tradizionale contrapposizione fondata sul riscontro positivo della pretesa sostanziale non permette di rispondere alla domanda giudiziale relativa al risarcimento del danno da ritardo, alla luce di quanto prescritto dall'art. 2-bis legge n.241/1990.

In sintesi, al fine di poter accogliere la domanda risarcitoria, non si dovrà più verificare, in base ad un giudizio prognostico, la spettanza del bene della vita, ma sarà

⁷² Così T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 26 ottobre 2011, n. 4942, in www.giustizia-amministrativa.it; cfr. anche T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 14 maggio 2012, n. 450, in www.giustizia-amministrativa.it, dove viene rilevato che «l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono, in linea di principio, presumersi *iuris tantum* in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo nell'adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda, ossia oltre al danno, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa e il nesso di causalità tra danno ed evento. Pertanto, l'accertamento della responsabilità della P.A. per il tardivo esercizio della funzione amministrativa non può ricollegarsi, quale effetto automatico, alla mera constatazione della violazione dei termini del procedimento, si richiede un *quid pluris*, ossia che l'inosservanza dei termini procedurali sia imputabile a colpa o dolo dell'Amministrazione medesima e che il danno sia conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'Amministrazione (cfr. T.A.R. Campania – Napoli - sez. VIII, n. 4942 del 26 ottobre 2011). Il risarcimento del danno da ritardo, dunque, presuppone, al pari di ogni pregiudizio di cui si rivendichi il ristoro in sede aquiliana, che la lesione del bene della vita “tempo”, integrante danno-evento, sia seguita dalla produzione di conseguenze pregiudizievoli nella sfera patrimoniale e non, ossia il c.d. danno conseguenza, di cui compete al soggetto che agisce in giudizio fornire adeguata dimostrazione sul duplice versante dell'*an* e del *quantum*».

⁷³ Così R. GAROFOLI, *Diritto Amministrativo*, Vol.3, *op. cit.*, p. 422.

necessario verificare la sussistenza e la prova rigorosa del danno ingiusto asserito dal ricorrente. Nell'art. 2-bis il riferimento all'ingiustizia del danno e al dolo o colpa nell'inosservanza del termine di conclusione del procedimento impone una verifica caso per caso: non sempre, infatti, il ritardo deve ritenersi ingiusto e costituire, pertanto, il presupposto di una richiesta di risarcimento che anzi non può essere ancorata alla semplice tardività nell'adozione del provvedimento.

Si potrebbe obiettare che l'ingiustizia del danno ricorre in tutte le ipotesi di violazione del termine per provvedere stabilito dalla legge o da altre fonti, ma a ben vedere l'ingiustizia non può considerarsi sussistente *in re ipsa* nella sola illegittimità dell'esercizio del potere, poiché essa, pur costituendo un requisito necessario ai fini della liquidazione del danno, necessita di un ulteriore accertamento, rimesso al giudice che è chiamato a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale e a quantificare il danno stesso. Al fine di scoraggiare la proliferazione di domande risarcitorie destituite di un fondamento sostanziale, si richiede, pertanto, un «*quid pluris* al di là dell'inosservanza della tempistica procedimentale, quando il ritardo abbia arrecato un pregiudizio ad altro interesse meritevole di tutela ed, eventualmente fornito di copertura costituzionale, di cui il soggetto risulti titolare. Così opinando si finisce per attribuire all'aggettivo "ingiusto" una funzione peculiare costituendo esso un parametro utilizzabile dall'interprete ai fini dell'individuazione degli ulteriori interessi meritevoli di tutela, al di là dell'aspettativa legittima o dell'interesse pretensivo ad una risposta certa e tempestiva, dalla cui lesione deriva un danno risarcibile»⁷⁴. Concludendo, mentre prima dell'introduzione dell'art. 2-bis legge n.241/1990 l'orientamento giurisprudenziale consisteva nella verifica della fondatezza della pretesa attraverso un giudizio prognostico, successivamente l'attenzione si sposta su una complessiva valutazione dell'ingiustizia del danno. Risultano, quindi, risarcibili tutti quei danni ingiusti cagionati dalla Pubblica Amministrazione per dolo o colpa, mentre in passato l'ingiustizia del danno era cristallizzata a priori dal giudice nel solo criterio della fondatezza della pretesa. «Pertanto la forza evolutiva della disposizione non è posta in modo autoevidente, ma è rimessa all'apprezzamento ermeneutico dell'interprete»⁷⁵. In sintesi, a ben vedere, fermo restando che la giurisprudenza anche prima della novella legislativa del 2009 inquadrava la responsabilità da ritardo nell'alveo della responsabilità aquiliana, «il legislatore non ha fatto altro che ampliare la latitudine del

⁷⁴ Così M.C. D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012, pp. 169-170.

⁷⁵ Così R. GAROFOLI, *Diritto Amministrativo*, Vol.3, *op. cit.*, p. 425

profilo dell'ingiustizia del danno»⁷⁶.

3.1.1.2. IL DANNO DA DISTURBO

Il danno da disturbo presenta delle caratteristiche diverse rispetto al danno da ritardo. Mentre quest'ultimo viene, di norma, individuato nella lesione di un interesse legittimo pretensivo, cagionata dal ritardo con cui l'Amministrazione ha emesso il provvedimento finale ampliativo della sfera giuridica del privato, il danno da disturbo è legato al pregiudizio subito per l'illegittima compressione delle facoltà connesse ad una situazione giuridica soggettiva attiva del privato.

Come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, il danno da disturbo costituisce «una situazione diversa da quella solitamente posta a fondamento del [...] diritto al risarcimento del danno cd. da ritardo, e caratterizzata dalla lesione di un interesse di tipo cd. oppositivo consistente nella pretesa a non essere “disturbato” nel libero esercizio delle facoltà inerenti al diritto dominicale»⁷⁷.

Per quanto concerne le condizioni ed i presupposti necessari per ammettere la risarcibilità del danno da disturbo, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che «nel caso di procedimenti amministrativi coinvolgenti interessi di tipo oppositivo, la lesione dell'interesse implica *ex se* la lesione del bene della vita preesistente al provvedimento affetto da vizi di illegittimità, sicché l'accertamento della circostanza che la P.A. ha agito *non iure* di per sé stesso implica la consolidazione di un danno ingiusto nella sfera giuridica del privato».

In altri termini, la riscontrata «illegittimità dell'atto rappresenta, nella normalità dei casi, l'indice della colpa dell'amministrazione, indice tanto più grave, preciso e concordante quanto più intensa e non spiegata sia l'illegittimità in cui l'apparato

⁷⁶ Così R. GAROFOLI, *op.ult. cit.*, p. 425.

⁷⁷ Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2004, n. 1261, in www.giustizia-amministrativa.it, «volendo utilizzare le classificazioni oramai tradizionali dell'interesse pretensivo e di quello oppositivo, può dirsi, infatti, che il danno c.d. da ritardo è normalmente individuato nella lesione di un interesse legittimo pretensivo, cagionata dal ritardo con cui la P.A. ha emesso il provvedimento finale, inteso ad ampliare la sfera giuridica del privato; viceversa nella specie i ricorrenti agiscono per ottenere il ristoro del pregiudizio asseritamene subito in conseguenza dell'illegittima compressione delle facoltà di cui erano già titolari, in quanto destinatari del titolo concessorio abilitante la sospesa attività edificatoria»; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 6 luglio 2010, n. 4312, in www.giustizia-amministrativa.it, dove viene evidenziato che «il danno c.d. da ritardo è normalmente individuato nella lesione di un interesse legittimo pretensivo, cagionata dall'indugio con cui la p.a. abbia emesso il provvedimento finale inteso ad ampliare la sfera giuridica del privato, il danno c.d. da disturbo è caratterizzato dalla lesione di un interesse legittimo oppositivo e consiste nel ristoro del pregiudizio asseritamene subito in conseguenza dell'illegittima compressione di facoltà di cui il privato cittadino fosse già titolare».

amministrativo sia incorso. In tale eventualità spetta all'amministrazione fornire elementi istruttori o anche meramente assertori volti a dimostrare l'assenza di colpa. Il requisito della colpa della P.A., necessario ai fini del risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi, sussiste ogni volta che, in assenza di cause di giustificazione legalmente tipizzate, il provvedimento annullato sia stato emanato in violazione di un canone di condotta agevolmente percepibile nella sua portata vincolante»⁷⁸.

3.1.2. L'INGIUSTIZIA DEL DANNO: L'ILLEGITTIMITÀ DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

Il concetto di «danno ingiusto» esprime l'idea della non conformità al diritto, sotto il duplice aspetto di danno che lede la situazione giuridica altrui (*damnum contra ius*) e, al tempo stesso, di danno cagionato ad altri non nell'esercizio di un proprio diritto (*damnum non iure*). L'ingiustizia del danno costituisce un elemento costitutivo dell'illecito civile. Danno ingiusto è «la lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita di relazione», pertanto, non basta per aversi danno ingiusto, la lesione di un semplice interesse.

Al riguardo, occorre evidenziare che il principio della risarcibilità di ogni danno qualificabile come ingiusto è una clausola generale: «quando non è la legge a valutare, essa stessa, che un dato danno è ingiusto, riconoscendo a chi lo ha subito il diritto al risarcimento [...], la valutazione è rimessa all'apprezzamento del giudice, il quale decide, fattispecie per fattispecie, se l'interesse leso è degno di protezione secondo l'ordinamento giuridico e se la lesione, di conseguenza, costituisce un danno “ingiusto”, che deve essere risarcito»⁷⁹. Al riguardo, è possibile parlare di atipicità dell'illecito civile, dunque l'analisi

⁷⁸ Così Consiglio di Stato, Sez. V, 30 giugno 2009, n. 4237, in www.giustizia-amministrativa.it; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 6 luglio 2010, n. 4312, in www.giustizia-amministrativa.it, dove viene rilevato quanto ai presupposti e alle condizioni necessari per ammettere la risarcibilità del danno da disturbo, «nel caso di procedimenti amministrativi coinvolgenti interessi di tipo oppositivo, la lesione dell'interesse implica automaticamente la lesione del bene della vita preesistente al provvedimento affetto da vizi di illegittimità, per cui l'accertamento della circostanza che la p.a. abbia agito non secondo diritto di per se stesso implica il consolidamento di un danno ingiusto nella sfera giuridica del privato. La riscontrata illegittimità dell'atto [...] rappresenta, nella normalità dei casi, l'indice della colpa della p.a., tanto più grave, preciso e concordante quanto più intensa e non spiegata sia l'illegittimità in cui essa sia incorsa. In tali casi spetta alla p.a. provare l'assenza di colpa: il connotato della colpa, necessario ai fini del risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi, sussiste ogni volta che, in assenza di cause di giustificazione legalmente tipizzate, il provvedimento annullato sia stato emanato in violazione di un canone di condotta agevolmente percepibile nella sua portata vincolante».

⁷⁹ Così F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. III, *op. cit.*, p. 133-134. In taluni casi è la legge stessa a valutare che un dato danno è ingiusto, riconoscendo a chi lo ha subito il diritto al risarcimento. Come ad esempio, nel caso di cui all'art. 872, comma 2, c.c., «Violazione delle norme di edilizia», dove viene stabilito che «colui che per effetto della violazione ha subito danno deve esserne risarcito, salva la facoltà di chiedere

del concetto di danno ingiusto deve essere condotta non soltanto sulla base del dettato legislativo, ma anche e soprattutto sull'esteso materiale giurisprudenziale in materia.

Il danno che integra la fattispecie dell'illecito è l'evento lesivo o danno-evento. In altre parole, il danno ingiusto richiesto dalla norma codicistica per il perfezionarsi della fattispecie generale di illecito non coincide con il danno che costituisce oggetto dell'obbligazione risarcitoria originata dall'illecito medesimo. Infatti, «in questo secondo significato il danno prescinde dal requisito dell'ingiustizia riguardando in generale l'incidenza dell'illecito sugli interessi economici connessi alla sfera giuridica del danneggiato»⁸⁰.

L'identificazione dei danni-conseguenza deve essere condotta secondo il criterio di causalità, comprendente il danno emergente ed il lucro cessante, direttamente conseguenti all'evento lesivo. Il nesso causale incide, quindi, sia sull'*an* del danno risarcibile, sia sull'ammontare del risarcimento, che deve essere determinato in rapporto agli esiti dannosi direttamente o indirettamente accedenti alla catena causale innescata dalla condotta del danneggiante e non riconducibili anche all'apporto autonomo di cause imputabili allo stesso danneggiato (ex art.1227 c.c.) o ad altri soggetti.

La nozione di ingiustizia del danno è stata oggetto di un dibattito dottrinario che ha visto, da un lato le tesi che identificano «l'ingiustizia nell'antigiuridicità, quale violazione di un diritto o di una norma, dall'altro le tesi che «fanno capo all'idea di lesione di un interesse meritevole di tutela»⁸¹.

La concezione tradizionale, che ha dominato la giurisprudenza fino a tutti gli anni sessanta, ravvisava il danno ingiusto nella violazione di un diritto soggettivo assoluto, successivamente, a partire dagli anni settanta, al diritto soggettivo assoluto è stato parificato il diritto di credito⁸², da ultimo nel corso degli anni novanta è stato spezzato il nesso fra tutela risarcitoria e diritto soggettivo ed è stato considerato ingiusto anche il danno derivante dalla lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento

la riduzione in pristino quando si tratta della violazione delle norme contenute nella sezione seguente o da questa richiamate». Altro esempio è dato dall'art.2600 c.c. in materia di concorrenza sleale, in particolare il comma 1, di tale articolo stabilisce che «se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni».

⁸⁰ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 5, *La responsabilità*, op. cit., pp. 584-585.

⁸¹ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 5, *La responsabilità*, op. cit., pp. 585-586.

⁸² Il riconoscimento dell'ingiustizia del danno conseguente alla violazione dei diritti soggettivi non assoluti è avvenuto con la celebre sentenza resa nel caso *Meroni* (Cassazione, Sezioni Unite, 25 gennaio 1971, n. 174). Tale sentenza enunciò la risarcibilità della lesione del credito.

giuridico⁸³. Alla luce di tale ultimo orientamento, la nozione di ingiustizia risulta svincolato dal presupposto della violazione di una determinata situazione giuridica soggettiva, in quanto «ingiusta» può risultare anche la lesione di un interesse di fatto. A tal riguardo, si è però generalmente ammesso che non ogni lesione di qualsiasi interesse di fatto costituisce un danno ingiusto, occorrendo stabilire i criteri in base ai quali selezionare gli interessi suscettibili di tutela risarcitoria.

La migliore dottrina, nell'evidenziare l'insufficienza dei criteri di accertamento indicati dalla dottrina, ha evidenziato che per stabilire quali siano i danni ingiusti, è necessario identificare gli interessi che risultano concretamente tutelati nella realtà dell'ordinamento giuridico italiano. «Quali siano questi interessi va pertanto accertato prescindendo dalle ipotesi di soluzioni astrattamente preferibili. Occorre piuttosto verificare le soluzioni di diritto vigente nella realtà del suo operare, cioè nel diritto effettivo, come si manifesta principalmente negli orientamenti giurisprudenziali»⁸⁴.

Si può allora formulare una conclusione: «si può asserire che al limite dell'interesse protetto dall'ordinamento giuridico come diritto soggettivo la giurisprudenza ha sostituito quello dell'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico»⁸⁵.

Nel caso in cui venga leso un interesse legittimo, il soggetto che cagiona il danno è la Pubblica Amministrazione, la quale viola le norme che regolano l'esercizio della funzione amministrativa. In tale contesto, e nell'ambito del giudizio sul risarcimento del danno per violazione dell'interesse legittimo, il provvedimento amministrativo non deve essere riguardato più come atto imperativo, bensì come fatto lesivo di una posizione soggettiva meritevole di tutela e dunque, fonte di un'obbligazione volta a riparare il danno ingiusto. Il fatto costituisce il primo elemento costitutivo della generale figura dell'illecito civile, esso, inoltre, risulta essere la vicenda che causa il danno ingiusto ed è riferibile al soggetto danneggiante.

Nell'art. 2043 c.c. si fa menzione del fatto «commesso». Questa espressione ha portato a confermare l'opinione secondo la quale il fatto illecito sarebbe necessariamente un comportamento volontario dell'uomo. Di conseguenza è stato sostenuto che sarebbe stato

⁸³ La formula dell'interesse degno di tutela secondo l'ordinamento giuridico, viene accolta per la prima volta da Cassazione, Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n.500.

⁸⁴ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 5, *La responsabilità*, op. cit., p. 587.

⁸⁵ «Questa espressione, mutuata dall'art. 1322, comma 2°, oltre che riassumere la posizione assunta dai nostri giudici, si rileva idonea a segnare la frontiera ultima del "danno ingiusto", il limite estremo oltre il quale la tutela aquiliana non può essere accordata», così F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. III, op. cit., pp. 149-150.

più appropriato parlare di atti anziché di fatti. Tuttavia, autorevole dottrina, ha evidenziato che la citata opinione risulta «arbitrariamente riduttiva in quanto la vicenda che provoca un danno ingiusto può ben consistere in un evento della natura». Ciò che rileva è che l'evento «sia giuridicamente imputato al soggetto che lo ha provocato o che aveva il dovere di impedire»⁸⁶.

Il fatto generatore di danno, imputabile alla Pubblica Amministrazione, può essere ricondotto sia ad un'attività giuridica, che ad un comportamento. Facendo riferimento alla bipartizione tra interessi legittimi oppositivi, si avrà nel caso dei primi, in generale, un atto giuridico, mentre con riguardo agli interessi legittimi pretensivi si avrà un atto giuridico consistente in un esplicito diniego, oppure un comportamento silente o tardivo. In sintesi, il fatto antigiuridico può consistere tanto nell'adozione di un atto illegittimo, quanto in un comportamento materiale tenuto dalla Pubblica Amministrazione, o, più correttamente, da chi per essa agisce.

Per quanto evidenziato, ciò che rileva ai fini risarcitori è l'azione compiuta dall'Amministrazione Pubblica, indipendentemente dal suo svolgersi attraverso l'attività provvedimentale o comportamentale. Con specifico riguardo all'attività provvedimentale, occorre osservare che nel momento in cui l'atto diventa fonte di responsabilità della Pubblica Amministrazione e costituisce, quindi, il titolo in base al quale richiedere un risarcimento del danno, «il provvedimento passa dalla sua natura di "atto" ad una dimensione che porta ad assimilarlo ad una sorta di "fatto"»⁸⁷. In altre parole, nel contesto della responsabilità civile, «il provvedimento diviene un fatto (in termine tecnico, ovviamente) cui è legata la lesione e le correlate conseguenze»⁸⁸. L'azione amministrativa deve essere ascritta alla categoria dell'atto giuridico, considerato che il procedimento amministrativo è attività giuridica anche quando si risolve in un'attività materiale. Tuttavia, «quella stessa attività, ovverosia il procedimento amministrativo conclusosi con un atto o con un silenzio illegittimi, viene presa in considerazione dalle norme sulla responsabilità civile [...] in

⁸⁶ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 5, *La responsabilità*, op. cit., p.575.

⁸⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II., op. cit., p. 89, dove viene evidenziato che il fenomeno della «digressione dell'atto in fatto», si spiega così: «un atto giuridico, in quanto atto, è espressione della volontà del suo autore, ed è quindi tutelato o represso nella misura in cui la norma ritiene tutelabile o reprimibile quell'interesse giuridicamente protetto. La realtà effettiva in cui l'atto si concreta può essere presa in considerazione da altre norme, che prescindono dal suo essere realtà avente un autore (realtà voluta), e la assumono solo in quanto realtà avverata, ossia in quanto avente una storicità individuata: essa è così qualificata non più come atto, ma come fatto, ai fini della produzione di effetti giuridici che interessano non l'autore dell'atto ma l'ordinamento».

⁸⁸ Cfr. A. LIBERATI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione ed il risarcimento del danno*, op. cit., pp. 527-528.

quanto fatto giuridico imputato all'ente pubblico»⁸⁹. Nell'ipotesi in cui quel fatto giuridico, costituito dall'azione amministrativa illegittima è causativa del danno, sorge l'obbligo del risarcimento del danno.

3.1.3. IL NESSO DI CAUSALITÀ

«Fatto illecito è quello che “cagiona” ad altri un danno ingiusto. Elemento costitutivo dell'illecito e quindi il nesso di causalità intercorrente tra il fatto e il danno»⁹⁰. L'art. 2043 c.c. richiede che il danno ingiusto sia «cagionato» dal fatto doloso o colposo, ovvero che tra la condotta illecita e l'evento lesivo vi sia un rapporto di causa ad effetto; tale nesso deve essere provato dal danneggiato.

Come evidenziato da acuta dottrina l'importanza dell'indagine finalizzata all'accertamento del nesso di causalità «non dipende affatto dai modelli di responsabilità cui si fa riferimento, assumendo rilevanza forse anche maggiore in quelli svincolati dal criterio di imputazione della colpa»⁹¹.

In merito all'elemento causale della responsabilità dell'Amministrazione va osservato che la giurisprudenza amministrativa applica le consolidate regole interpretative elaborate dalla giurisprudenza civilistica⁹². In particolare, la giurisprudenza ha affermato che «per rinvenire il collegamento materiale tra condotta ed evento occorre considerare ed utilizzare gli artt. 40 e 41 del codice penale, ritenuti applicabili pacificamente anche in materia civile [...]. La soluzione scaturente dall'interpretazione di tali norme individua, come regola generale, sulla base della teoria della *condicio sine qua non*, che la condotta risulta causativa dell'evento dannoso qualora si accerti che essa ha posto in essere una condizione senza cui l'evento non si sarebbe verificato». E' questo il c.d. processo di eliminazione mentale in base al quale la responsabilità viene meno se la simulazione dell'esclusione del fatto storico cui è ascritto il danno, non determina il venir meno del danno stesso. «A tale

⁸⁹ Così G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, op. cit., pp. 138-139.

⁹⁰ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 5, *La responsabilità*, op. cit., p. 626.

⁹¹ Così M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, op. cit., p. 172.

⁹² Nonostante le numerose oscillazioni, le elaborazioni civilistiche concordano nel riconoscere che i due momenti di cui si ritiene comunemente costituita l'indagine causale sono convenzionalmente identificati dalle locuzioni causalità in fatto (o materiale) e causalità giuridica. La c.d. causalità in fatto investe l'*an* del risarcimento e più in generale della stessa responsabilità, in quanto l'indagine relativa è volta a verificare se l'evento dannoso sia o meno imputabile dal punto di vista eziologico alla condotta del soggetto chiamato a risponderne. L'indagine relativa alla causalità giuridica incide più specificatamente sul quantum del risarcimento, in quanto è diretta a verificare per quali dei pregiudizi lamentati dall'attore si possa affermare un rapporto di consequenzialità con la condotta illecita imputabile al convenuto.

regola che la dottrina e la giurisprudenza civilistica hanno mutuato dal diritto penale, è stato inserito un importante correttivo, desunto dall'art. 41, 2° comma, c.p., per cui il rapporto di causalità si ritiene escluso per il sopravvenire di un fatto che, pur non agendo del tutto indipendentemente dalla condotta del soggetto della cui responsabilità si controverte, giacché altrimenti darebbe luogo ad una serie causale autonoma, si pone come fattore interruttivo della catena causale, in grado, cioè, di deviare lo sviluppo normale di quest'ultima. In altri termini, secondo il principio della causalità efficiente di cui al capoverso dell'art. 41 c.p., la causa che abbia le caratteristiche della prossimità e sopravvenienza rispetto alle altre cause e sia sufficiente da sola a produrre l'evento, elimina il nesso eziologico tra questo e le altre cause antecedenti, facendole scadere al rango di mere occasioni»⁹³.

Con riguardo al nesso di causalità si è osservato che l'elemento assume «connotazioni» particolari con riferimento alla responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione⁹⁴. Nello specifico, l'accertamento del nesso di causa tra evento lesivo e l'atto amministrativo illegittimo può richiedere che il giudice esprima valutazioni sull'esercizio della discrezionalità amministrativa. Tale questione si è imposta all'attenzione dell'interprete dopo la sentenza delle Sez. Un. n.500/1999, in cui la Cassazione ha escluso che la verifica della mera illegittimità del provvedimento lesivo sia, di per sé solo, elemento sufficiente per fondare la responsabilità della Pubblica Amministrazione. A tale fine, occorre dimostrare che la lesione dell'interesse al bene della vita, cui è collegato l'interesse legittimo, sia stata determinata da quel provvedimento.

Come osservato dalla Suprema Corte, al fine del giudizio di responsabilità amministrativa occorre «un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione

⁹³ Così Consiglio di Stato, Sez. V, 8 marzo 2006, n. 1228, in www.giustizia-amministrativa.it. In tale pronuncia viene, inoltre, evidenziato che «la questione del risarcimento del danno, invece, deve essere risolta sulla base dei principi generali che governano la responsabilità civile della pubblica amministrazione. Com'è noto, per potersi attribuire un addebito di responsabilità da fatto illecito, sotto il profilo civilistico è necessaria la compresenza dell'elemento soggettivo, costituito dalla colpa o dal dolo dell'agente, e degli elementi oggettivi, individuati in una condotta posta in essere in violazione di una norma giuridica (*iniure*) e in un danno conseguente qualificabile come ingiusto (*contra ius*), ossia ledendo una situazione giuridica altrui, e non nell'esercizio di un proprio diritto, nonché un nesso eziologico che leghi il fatto come descritto al danno».

⁹⁴ Cfr. C. LAURENZA, *La configurabilità quale responsabilità extracontrattuale dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, in *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, Vol. I, *LA tutela delle situazioni soggettive nei confronti del potere amministrativo*, a cura di G. C. DI SAN LUCA, Napoli, 2011, pp. 36-37.

suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva»⁹⁵.

In quest'ottica, il criterio enunciato dalla sentenza n.500/1999 si presenta «come un'applicazione particolare dei principi generali in tema di nesso di causalità», dovendosi verificare, in virtù di un «giudizio contro fattuale quale sarebbe stato l'esito del procedimento se il fatto antigiuridico non si fosse prodotto e se l'amministrazione avesse quindi agito correttamente»⁹⁶.

3.2. L'ELEMENTO SOGGETTIVO

Nell'art.2043 c.c. la componente soggettiva dell'illecito civile è sintetizzata dall'ampia enunciazione «qualunque fatto doloso o colposo». Gli elementi del dolo e della colpa, integranti l'illiceità della condotta, non trovano una definizione nella norma in commento, né in altre disposizioni della disciplina codicistica dei fatti illeciti. Tali elementi sono definiti in modo espresso, ancorché in termini generali, dall'art.43 c.p. rubricato «elemento psicologico del reato». Ciò ha determinato che la dottrina e la giurisprudenza civilistica risultassero tributarie delle elaborazioni penalistiche per la determinazione dell'accezione di colpevolezza. Talune soluzioni sono state mutate dalla disciplina codicistica delle obbligazioni; più in particolare, sono stati estesi alla responsabilità aquiliana l'obbligo di diligenza del buon padre di famiglia, che l'art. 1176 c.c. impone al debitore nell'adempimento, nonché la previsione dell'art. 2236 c.c., che limita al dolo e alla colpa grave la responsabilità nel contratto d'opera professionale, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

In tale ambito, occorre rilevare che la responsabilità della Pubblica Amministrazione si ricostruisce, nell'esperienza della giurisprudenza, in termini parzialmente diversi da quelli della responsabilità civile, giacché la responsabilità per colpa della Pubblica Amministrazione non è di tipo oggettivo o formale. La costante giurisprudenza successiva

⁹⁵ Così Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 22 luglio 1999, n.500.

⁹⁶ Così C. LAURENZA, *La configurabilità quale responsabilità extracontrattuale dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, op. cit., pp.36-37; cfr. T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 20 febbraio 2003, n. 2166, in www.giustizia-amministrativa.it, dove viene rilevato che «qualunque sia il modello di responsabilità cui si debba far riferimento nel caso di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi (contrattuale, per inadempimento da “contatto” procedimentale, come qualificato di recente dalla Corte di Cassazione, o extracontrattuale, o più probabilmente un modello caratterizzato da una fisionomia particolare) è comunque necessaria, per integrare la responsabilità dell'amministrazione, l'esistenza di un nesso eziologico tra il provvedimento illegittimo e l'evento dannoso. Non basta, infatti, che sia stato riconosciuto illegittimo ed annullato il provvedimento che lede l'interesse legittimo, ma occorre altresì che sia provata la sussistenza del nesso causale (oltre all'elemento psicologico)».

alla cristallizzazione normativa del principio della risarcibilità degli interessi legittimi, realizzatasi con l'entrata in vigore dell'art. 7 della legge 21 luglio 2000 n. 205, riconduce «la colpa non a mera “inosservanza di leggi regolamenti, ordini o discipline”, secondo la nozione fornita dall'art. 43 del codice penale, ma a violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero a negligenze, omissioni o anche errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili; tra le negligenze inescusabili vanno annoverati comportamenti sciatti, superficiali, sbrigativi nel compiere operazioni valutative di agevole e semplice esecuzione, come la verifica dell'esistenza o meno di titoli facili da verificare e non comportanti sottili e complicate indagini»⁹⁷.

In tale contesto, va rilevato che nell'ambito della responsabilità della Pubblica Amministrazione per lesione degli interessi legittimi, il requisito della colpa costituisce un elemento sul quale ha inciso in maniera significativa il diritto dell'Unione europea.

Con specifico riguardo all'elemento soggettivo della fattispecie della responsabilità amministrativa deve, infatti, darsi atto del recente e importante intervento della Corte di giustizia, che con la sentenza 30 settembre 2010⁹⁸, ha statuito che l'Amministrazione appaltante, limitatamente ai danni per violazione delle norme europee regolanti gli affidamenti di appalti pubblici, risponde a titolo di responsabilità oggettiva.

A premessa dell'analisi dell'influenza del diritto europeo sull'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, occorre ripercorrere sinteticamente il lungo percorso evolutivo maturato nell'ordinamento interno, nell'ambito del quale, giova premettere, è sicuramente prevalsa la tesi del carattere necessariamente colpevole della responsabilità dell'Amministrazione.

3.2.1. LA CONCEZIONE DELLA *CULPA IN RE IPSA*, INSITA NEL CARATTERE ILLEGITTIMO DELL'ATTO AMMINISTRATIVO, FONTE DELLA LESIONE DELLA POSIZIONE GIURIDICA SOGGETTIVA DEL PRIVATO

Secondo l'impostazione giurisprudenziale tradizionale, la colpa era ritenuta sussistente a fronte del carattere illegittimo dell'atto della Pubblica Amministrazione. La concezione della colpa *in re ipsa*, si basava sul rilievo che la semplice adozione ed esecuzione di un provvedimento illegittimo determinasse quella violazione di norme nella quale, secondo la

⁹⁷ Così T.A.R. Lazio, Roma, 24 febbraio 2011, n. 1720, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁸ Corte di giustizia, sentenza 30 settembre 2010, causa C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG e altri*, in <http://eur-lex.europa.eu>.

definizione dell'art. 43 c.p., si risolve la colpa.

Tale approccio teorico è stato ritenuto incompatibile con i principi generali della natura personale della responsabilità civile e del carattere eccezionale di quella oggettiva, risolvendosi nell'ingiusta assegnazione all'Amministrazione di un trattamento deteriore rispetto a quello degli altri soggetti di diritto.

3.2.2. LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE, SEZIONI UNITE N.500 DEL 22 LUGLIO 1999: LA COLPA DI APPARATO

Con la storica sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite, la nozione di colpa della Pubblica Amministrazione viene ricostruita in termini autonomi rispetto all'illegittimità dell'atto amministrativo, superando in via definitiva il precedente orientamento della *culpa in re ipsa*. In base a quanto stabilito dalla Cassazione, l'imputazione della responsabilità non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, risultando, invece, necessario «svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri nella negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato [...] che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità»⁹⁹.

La ricostruzione accolta dalla pronuncia in esame si caratterizza per la pregevole elaborazione di una concezione autonoma di colpa riferibile alla Pubblica Amministrazione, tuttavia si è esposta a rilievi critici a causa della concreta ricostruzione del contenuto dell'elemento soggettivo. Infatti, la ricostruzione della nozione di colpa nei termini di violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione

⁹⁹ Così Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 22 luglio 1999, n.500. La colpa (unitamente al dolo) costituisce «componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.; e non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe *in re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questa S.C. con riferimento all'ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c. [...], non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo».

«determina, di fatto, la coincidenza dell'elemento soggettivo con l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere». Attraverso l'applicazione di tali criteri la verifica in ordine alla sussistenza della colpa finisce per «esaurirsi in un accertamento di tipo oggettivo, contraddicendo l'intento espressamente perseguito dalla pronuncia, ossia quello di valorizzare la colpa quale autonomo elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità»¹⁰⁰.

Al riguardo, è stato, inoltre, rilevato che la pronuncia della Suprema Corte a causa della scarsa descrizione degli elementi essenziali della colpa si rivela carente ed inadatta a fornire agli operatori paradigmi valutativi certi ed al sistema una catalogazione concettuale definita. Con specifico riferimento all'elemento della colpa la Suprema Corte chiarisce, innanzitutto, che l'indagine riservata al giudice deve riferirsi alla Pubblica Amministrazione come apparato impersonale e non al funzionario che ha adottato l'atto illegittimo. Questa indicazione, «se vale a svincolare l'accertamento giudiziale dai canoni d'indagine utilizzati ordinariamente per la verifica della sussistenza della colpevolezza in capo alle persone fisiche, non serve, tuttavia, in positivo, ad orientare l'indagine verso un centro d'imputazione della responsabilità agevolmente individuabile e, soprattutto, non offre sicuri criteri di giudizio nel compimento della disamina contestualmente suggerita». «Le ragioni di tali difficoltà si risolvono, a ben vedere, sull'improprio riferimento dello stato psicologico di colpevolezza all'organizzazione dell'ente, anziché alla persona fisica legittimata ad esprimerne la volontà o ad esso legata da un vincolo di subordinazione (come accade per le ipotesi di responsabilità, diretta e indiretta, degli enti privati).» «La colpa d'apparato sembra, quindi, coincidere con la verifica di una disfunzione della funzione amministrativa, determinata dalla disorganizzazione nella gestione del personale, dei mezzi e delle risorse degli uffici cui è imputabile l'adozione o l'esecuzione dell'atto illegittimo». «Senonché, se tale è il carattere essenziale della colpa d'apparato la stessa si rivela impropriamente introdotta nella struttura dell'illecito, sia perché l'eventuale disorganizzazione amministrativa e gestionale non è necessariamente causa dell'illegittimità dell'atto, sia perché la stessa risulta essenzialmente estranea al profilo psicologico dell'azione amministrativa immediatamente produttiva del danno e, quindi, al campo d'indagine riservato al giudice chiamato a pronunciarsi sulla pretesa risarcitoria».

¹⁰⁰ R. GAROFOLI, *Diritto Amministrativo*, Vol.1, Roma, 2012, p. 54, al riguardo l'autore rileva, inoltre, che la sentenza n.500/1999 non si è peraltro occupata «degli aspetti connessi all'onere probatorio dell'elemento colposo, gravante sul privato danneggiato in conseguenza dell'inquadramento della fattispecie di responsabilità nel modello aquiliano».

«Non solo, ma la descrizione (appena riferita) dei requisiti della colpa omette qualsiasi considerazione e valorizzazione di circostanze esimenti, con ciò precludendo, di fatto, proprio quella penetrante indagine della riferibilità soggettiva del danno alla colpevole azione amministrativa che si raccomanda contestualmente al giudice del risarcimento»¹⁰¹.

3.2.3. LA VALORIZZAZIONE DEGLI INDICI DI COLPEVOLEZZA DELLA P.A. DI MATRICE EUROPEA

Successivamente, la giurisprudenza amministrativa nel tentativo di superare le difficoltà di applicazione dei criteri proposti dalla sentenza n.500/1999 in merito alla ricostruzione e all'accertamento della colpa riferibile all'Amministrazione, si preoccupa di definire la nozione di colpa mediante l'elaborazione di indici valutativi.

Tale orientamento viene inaugurato dal Consiglio di Stato che, nell'evidenziare la difficoltà di applicazione pratica del criterio dell'accertamento della colpa proposto nella sentenza n.500/1999, ha ritenuto che tale «enunciazione non sia idonea a risolvere il problema della ricostruzione del profilo soggettivo della colpa. Il criterio anzidetto, se da una parte rimane ad un livello di inevitabile astrazione, dall'altra non tiene conto del fatto che la violazione dei limiti esterni alla discrezionalità comporta l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere. Sicché, pur premettendo l'esigenza di un'indagine penetrante sulla colpa dell'apparato, finisce per accontentarsi di una verifica di tipo solo oggettivo».

Il giudice amministrativo ha ritenuto, piuttosto, di «accedere direttamente ad una nozione oggettiva di colpa, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento ed, in linea con le indicazioni della giurisprudenza comunitaria¹⁰², della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento. Se una violazione è l'effetto di un errore scusabile dell'autorità, non si potrà configurare il requisito della colpa. Se, invece, la violazione appare grave e se essa matura in un contesto nel quale

¹⁰¹ Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 luglio 2004, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰² Cfr. Corte di giustizia, sentenza 5 marzo 1996, Cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, in <http://eur-lex.europa.eu>; cfr. Corte di giustizia, sentenza 23 maggio 1996, Causa C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, in <http://eur-lex.europa.eu>, in particolare la Corte stabilisce che «l'obbligo di uno Stato membro di risarcire i danni causati ad un singolo [...], sussiste in tutti i casi in cui la norma di diritto comunitario violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, si tratti di violazione grave e manifesta ed esista un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dai singoli».

all'indirizzo dell'amministrazione sono formulati addebiti ragionevoli, specie sul piano della diligenza e della perizia, il requisito della colpa potrà dirsi sussistente»¹⁰³.

In base a tale ricostruzione, viene individuata la gravità della violazione normativa quale indice sintomatico della colpevolezza dell'Amministrazione, in quanto elemento idoneo a palesare la negligenza e l'imperizia nell'adozione del provvedimento viziato. Vengono, inoltre, individuate le circostanze rilevanti ai fini dell'apprezzamento della gravità dell'inosservanza normativa, mutuando i riferimenti contenuti nella giurisprudenza europea. Tali circostanze vengono individuate: nella natura discrezionale o vincolata dell'attività amministrativa, nella sussistenza di precedenti giurisprudenziali e nel contesto di fatto nell'ambito del quale è maturata la violazione di legge.

L'applicazione degli indici di colpevolezza dell'Amministrazione e la misura della violazione normativa incide anche sul profilo probatorio. Sulla base di tale orientamento interpretativo, l'onere, gravante sul privato, della dimostrazione della colpa dell'Amministrazione potrà dirsi «assolto per effetto dell'allegazione della gravità e serietà della violazione».

Di contro, spetterà alla Pubblica Amministrazione dimostrare l'assenza di colpa, «adducendo circostanze esimenti quali la misura della discrezionalità ad essa riservata, i precedenti giurisprudenziali in materia o la complessità del contesto di fatto nel quale è maturata la violazione di legge»¹⁰⁴.

In senso critico e con particolare riguardo agli esiti applicativi, è stato osservato che la correlazione tra colpa e vizio del provvedimento, comporterebbe inevitabilmente una sovrapposizione della valutazione di illiceità della condotta e del giudizio di illegittimità dell'atto amministrativo, nonché il rischio che l'applicazione del criterio possa trasmodare, pur in assenza di una base normativa, in una limitazione dell'addebito di responsabilità alla colpa grave.

3.2.4. L'INQUADRAMENTO DELL'ELEMENTO DELLA COLPA AMMINISTRATIVA NELL'ALVEO DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE, PER EFFETTO DELLA TEORIA DEL «CONTATTO SOCIALE QUALIFICATO»

Nell'ambito del percorso giurisprudenziale caratterizzato dalla ricostruzione della

¹⁰³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 giugno 2001, n.3169, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁰⁴ R. GAROFOLI, *Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 55.

colpa quale elemento necessario ai fini della configurabilità della responsabilità della Pubblica Amministrazione, si inserisce un filone interpretativo che ha ricondotto l'elemento della colpa nell'ambito della responsabilità contrattuale. Il riferimento va a quella giurisprudenza che, nel considerare il procedimento amministrativo come il contesto di maturazione del «contatto sociale qualificato»¹⁰⁵, ha qualificato la responsabilità amministrativa come responsabilità contrattuale. Nell'ambito di tale approccio interpretativo, l'onere della prova ricade sull'Amministrazione, anziché sul privato ex art. 1218 c.c.; spetterà, pertanto, alla Pubblica Amministrazione dimostrare l'assenza di colpa, in qualità di debitore-danneggiante. «Non può, dunque, negarsi la rilevanza dell'elemento soggettivo – al fine della configurazione della responsabilità dell'amministrazione per il danno conseguente alla adozione del provvedimento illegittimo - ancorché, specifiche regole inducano, sul piano processuale, all'inversione dell'onere della prova (è il debitore dovere fornire la prova negativa dell'elemento soggettivo e non, il creditore, quella della sua esistenza)»¹⁰⁶.

3.2.5 LA RIAfferMAZIONE DELL'INQUADRAMENTO NEL MODELLO DI RESPONSABILITÀ AQUILIANA: L'ELABORAZIONE DI UN REGIME SEMPLIFICATO DELL'ONERE PROBATORIO A CARICO DEL PRIVATO.

Come noto, la tesi della responsabilità contrattuale della Pubblica Amministrazione viene in seguito superata. La giurisprudenza successiva nega, infatti, che la responsabilità amministrativa vada ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale da «contatto amministrativo qualificato». In particolare, viene negata la valenza autonoma dell'affidamento in capo al privato e viene parallelamente evidenziata la strumentalità di tale posizione giuridica rispetto al bene della vita oggetto della vicenda amministrativa.

¹⁰⁵«Contatto sociale» per l'appunto «qualificato» dalla previsione di una serie di doveri di comportamenti incombenti sulla Pubblica Amministrazione, diretti alla protezione della sfera giuridica del privato, titolare di una posizione giuridica soggettiva di legittimo affidamento. Al riguardo il giudice amministrativo ha rilevato che «allorché il privato sia titolare di un interesse legittimo di natura pretensiva, il contatto che si stabilisce fra lui e l'Amministrazione dà vita ad una relazione giuridica di tipo relativo, nel cui ambito, il diritto al risarcimento del danno ingiusto, derivante dall'adozione di provvedimenti illegittimi presenta una fisionomia *sui generis*, non riducibile al modello aquiliano dell'articolo 2043 del codice civile, in quanto, al contrario, caratterizzata da alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e di quella per inadempimento delle obbligazioni», così Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2003, n.204, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁶ Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204, in www.giustizia-amministrativa.it, il giudice amministrativo rileva che «tali regole, peraltro, non escludono, in radice, la possibilità di esimenti, quali la scusabilità dell'errore in cui sia incorsa l'Amministrazione nell'adottare il provvedimento illegittimo (il debitore, infatti, non risponde dell'inadempimento se dovuto a causa a lui non imputabile)».

Come in precedenza evidenziato, la prevalente giurisprudenza conferma la riconducibilità della responsabilità della Pubblica Amministrazione, per danni causati dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, al modello della responsabilità aquiliana¹⁰⁷.

Con riguardo all'elemento soggettivo della fattispecie, l'inquadramento nel modello della responsabilità extracontrattuale ripropone la questione della dimostrazione della colpa. Quest'ultima incombe sul soggetto danneggiato secondo le regole generali previste in materia di prova, attesa l'assenza di deroghe in seno alla disciplina della responsabilità aquiliana. Tuttavia, l'esigenza, pur avvertita dalla giurisprudenza, di favorire la posizione del soggetto danneggiato viene realizzata mediante il ricorso a meccanismi di semplificazione probatoria, previsti nell'ambito della disciplina generale in materia di prova. In giurisprudenza è stato, infatti, affermato che per quanto concerne l'elemento soggettivo «non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della P.A. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'Amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie»¹⁰⁸. Pertanto, il privato risulta agevolato nell'assolvimento dell'onere probatorio, attesa la facoltà di presentare in giudizio elementi indiziari, idonei a palesare la colpa dell'Amministrazione.

3.2.6. L'ELABORAZIONE DELLE FIGURE SINTOMATICHE IDONEE AD INTEGRARE LA PRESUNZIONE DI COLPA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Attualmente è acquisita in giurisprudenza la «radicale oggettivizzazione della colpa», la quale risulta ormai slegata da qualsiasi «fattore psicologico ed integralmente ancorata ad elementi oggettivi collegati al rispetto dei parametri di legittimità dell'agire

¹⁰⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 luglio 2004, n.5012; Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5500; Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 giugno 2006, 3981; Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607; Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, in www.giustizia-amministrativa.it, dove si afferma che «con riguardo alla responsabilità della pubblica amministrazione per i danni causati dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, questa Sezione ha già aderito a quell'orientamento favorevole a restare all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela».

¹⁰⁸ Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, in www.giustizia-amministrativa.it.

amministrativo»¹⁰⁹.

Al riguardo, si ritiene che l'illegittimità dell'atto amministrativo possa rappresentare un indice grave, preciso e concordante della colpa dell'Amministrazione. In tale ottica, la ricorrenza della colpa viene considerata «come conseguenza altamente probabile della riscontrata illegittimità dell'atto»: essa si radica ad un «apprezzamento di frequenza statistica, idoneo a configurare l'illegittimità del provvedimento quale indizio grave, preciso e concordante della colpa in capo all'Amministrazione».

Ciò non implica, però, il ripristino dell'orientamento tradizionale in termini di *culpa in re ipsa*. In particolare, il recupero dell'illegittimità dell'atto, quale «elemento centrale nell'apprezzamento della colpa amministrativa», non costituisce il «parametro assoluto di misurazione della colpa, bensì rappresenta un indizio fondante di una presunzione semplice di colpa, suscettibile di superamento mediante l'allegazione, ad opera dell'Amministrazione, di circostanze esimenti, integranti un'ipotesi di errore scusabile»¹¹⁰. L'illegittimità dell'atto costituisce, pertanto, un indice rivelatore della colpa.

Di contro, la dimostrazione dell'assenza della colpa può essere integrata tramite l'utilizzo di circostanze esimenti, idonee a concretizzare gli estremi dell'errore scusabile, quale figura sintomatica della mancanza di colpa. In effetti, la giurisprudenza ha evidenziato che la mera illegittimità del provvedimento amministrativo, ai fini del risarcimento del danno, non è di per sé sola sufficiente a integrare il richiesto elemento soggettivo della condotta. Nel valutare la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa in capo all'Amministrazione-apparato, risulta necessario rendere «un giudizio prognostico, secondo l'*id quod plerumque accidit* facente riferimento esclusivamente all'epoca in cui la censurata condotta è stata resa»¹¹¹. Pertanto, nell'ipotesi in cui l'operato della Pubblica Amministrazione, all'atto di emanazione del provvedimento amministrativo poi annullato in via giurisdizionale, risulti correlato all'esistenza di particolari circostanze, quali «l'equivocità e contraddittorietà della normativa applicabile, la novità delle questioni, le oscillazioni giurisprudenziali nella materia, che possano avere influito sull'illegittimità del comportamento dell'Amministrazione stessa, deve ritenersi non possa configurarsi

¹⁰⁹ Così F. CARINGELLA, *Diritto amministrativo*, Roma, 2014, p. 552.

¹¹⁰ Così R. GAROFOLI, *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 56.

¹¹¹ Inoltre, poiché «l'art. 2043 – fondamento della responsabilità civile della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi – non conosce quale rete di contenimento l'intensità della colpa», la responsabilità della Pubblica Amministrazione «va ammessa anche quando la colpa è di grado lieve e ciò risulti positivamente», così Consiglio di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n.1038, in www.giustizia-amministrativa.it.

una situazione soggettiva di colpa dell'Amministrazione suscettibile di generare un obbligo di risarcimento del danno subito in favore del soggetto interessato»¹¹².

In definitiva, il danneggiato potrebbe limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto in quanto esso indica in via presuntiva, la violazione di parametri che specificano la colpa dell'Amministrazione: in tale evenienza, spetterebbe al soggetto pubblico fornire elementi istruttori atti a dimostrare l'assenza di colpa.

Con riguardo a tali aspetti la giurisprudenza amministrativa ha affermato che «ai fini della configurazione del diritto al risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, l'illegittimità dell'atto amministrativo costituisce un indice presuntivo della colpa della P.A., sulla quale semmai incombe l'onere di provare la sussistenza di un proprio errore scusabile». Più ampiamente, il Consiglio di Stato ha sottolineato che al privato danneggiato da un provvedimento illegittimo «non è richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa dell'Amministrazione. Il privato può limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto, potendosi ben fare applicazione, al fine della prova dell'elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 del codice civile. E spetta a quel punto all'Amministrazione dimostrare, se del caso, che si è verificato un errore scusabile, il quale è configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, o di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata»¹¹³.

In tale quadro, la gravità della violazione non costituisce più un elemento essenziale per statuire della responsabilità, ma un indice presuntivo, insieme ad altri, superabile con la prova di essere incorsi in un errore scusabile¹¹⁴.

¹¹² Così Consiglio di Stato, Sez. V, 22 febbraio 2010, n.1038, in www.giustizia-amministrativa.it. In tale pronuncia il Consiglio di Stato applica quell'insegnamento giurisprudenziale a tenore del quale ai fini «dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento danni proposta dinanzi al giudice amministrativo, l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento, dal quale deriva la lesione in capo al soggetto destinatario dell'interesse legittimo, costituisce presupposto necessario, ma non sufficiente, affinché si configuri una responsabilità dell'apparato amministrativo procedente; occorre infatti la prova dell'esistenza di un danno, che l'interessato deve fornire, [...] l'accertamento del nesso di causalità diretta tra l'evento dannoso e l'operato dell'amministrazione [...] e, infine, l'imputazione dell'elemento dannoso a titolo di dolo o colpa della p.a., da ritenersi sussistente nell'ipotesi in cui l'adozione della determinazione illegittima, che apporti lesione all'interesse del soggetto si sia verificata in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione a cui deve ispirarsi l'attività amministrativa nel proprio esercizio, ovvero quando l'azione dell'amministrazione sia caratterizzata da negligenza nell'interpretare ed applicare la vigente normativa».

¹¹³ Così Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2012, n.3444, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3262, in www.giustizia-amministrativa.it, in tale

Per valutare siffatta gravità, la giurisprudenza amministrativa ha richiamato gli indici sintomatici elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, quali:

- i) il grado di chiarezza e precisione della norma violata;
- ii) l'ampiezza del potere discrezionale attribuito alla Pubblica Amministrazione;
- iii) la presenza di un indirizzo giurisprudenziale consolidato;
- iv) l'eventuale novità della questione trattata.

Scendendo maggiormente nei dettagli, occorre rilevare che è stata ravvisata la coincidenza tra il requisito soggettivo e la violazione grave degli elementari doveri di diligenza, dei «canoni di condotta facilmente percepibili nella loro portata vincolante»¹¹⁵, delle consolidate «regole elementari»¹¹⁶. Colpevole risulta, inoltre, l'attività amministrativa che sfocia in una decisione assolutamente priva di supporto motivazionale, oppure contrastante in modo evidente con una norma di legge¹¹⁷ o ancora contrastante con un

pronuncia e con riguardo all'elemento soggettivo della responsabilità viene evidenziato che «il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale, ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge: ai fini dell'accertamento dell'elemento della colpa dell'amministrazione, è necessario accedere direttamente ad una nozione oggettiva di colpa, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento ed, in linea con le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento. L'orientamento in questione si è ormai stabilmente consolidato -in particolare sotto il profilo della non ravvisabilità di colpa in capo all'amministrazione allorché la stessa abbia conformato la propria azione, a consolidate interpretazioni giurisprudenziali».

¹¹⁵ Cfr. CGA, Sicilia, 21 marzo 2007, n.224, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che «in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito aquiliano in capo all'Amministrazione, può richiamarsi l'orientamento esegetico di questo Consiglio, ormai consolidato, espresso da C.G.A. 18 aprile 2006, n. 153, cui si rinvia, in base al quale – in estrema sintesi – la colpevolezza dell'Amministrazione sussiste ogni volta che, in assenza di cause di giustificazione legalmente tipizzate, il provvedimento annullato sia stato emanato in violazione di un canone di condotta agevolmente percepibile nella sua portata vincolante».

¹¹⁶ Cfr. T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, Sez. I, 15 aprile 2005, n.135, in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove viene la domanda di risarcimento danni viene considerata fondata «attesa la colposità della condotta dell'Amministrazione (ravvisabile nella violazione di elementari regole vigenti in materia di appalti ed evitabili con una più accorta diligenza) ed il nesso causale tra la condotta stessa ed il danno patito dalla ricorrente».

¹¹⁷ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 26 marzo 2010, n.4777, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui il collegio esamina la sussistenza dei presupposti indicati dalla giurisprudenza, in base all'art 2043, per affermare una responsabilità per fatto illecito della stazione appaltante. In particolare, quanto «al giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita, nel caso di specie, questo sarebbe stato acquisito in quanto era già stata disposta l'aggiudicazione provvisoria. Poiché la ricorrente era già risultata aggiudicataria provvisoria, ha subito un danno concreto e già individuato in relazione alla perdita del contratto». Viene inoltre ravvisato il requisito della colpa. «Come già affermato dalla sezione, la colpa va apprezzata in senso oggettivo, tenendo cioè conto dei vizi che hanno determinato l'illegittimità dell'azione, della gravità delle violazioni commesse, dei precedenti giurisprudenziali, dell'univocità o meno del dato normativo, delle condizioni concrete e dell'eventuale apporto dei soggetti destinatari dell'atto. Di talché, ove si accerti che l'errore in cui sia incorsa l'amministrazione, e dal quale è scaturita l'illegittimità provvedimentale, sia scusabile, la colpa deve ritenersi parimenti esclusa (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 26 agosto 2009, n. 825). Nel caso di specie, la esclusione è stata disposta in presenza della mancata dichiarazione di un decreto penale riguardante un reato per cui è intervenuta la depenalizzazione fin dal 1998».

orientamento giurisprudenziale consolidato¹¹⁸. In effetti, emerge «una sorta di catalogo delle figure sintomatiche della colpa d'apparato, copie aggravate dei vizi di legittimità»¹¹⁹.

Muovendo dalle predette coordinate è possibile, quindi, concludere che si è in presenza di colpa della Pubblica Amministrazione quando il provvedimento si distacca macroscopicamente ed in misura rilevante dal paradigma normativo, ovvero se la norma da applicare sia certa ed univoca con conseguente natura sostanzialmente vincolata del provvedimento¹²⁰. Naturalmente, la «colpa d'apparato» deve essere individuata nei profili di imputabilità riferiti non al funzionario agente (a titolo di imperizia o negligenza), bensì alla Pubblica Amministrazione nella sua dimensione organizzativa e gestionale.

Sul versante probatorio detta ricostruzione comporta l'inversione dell'onere della prova della colpa della Pubblica Amministrazione con conseguente alleggerimento della posizione del privato danneggiato: quest'ultimo, infatti, potrà limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto lesivo e al più allegare circostanze ulteriori idonee a provare che si è trattato di un errore non scusabile¹²¹. Con riguardo all'elemento della prova va, infine,

¹¹⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 marzo 2010, in *Giur. It.*, n. 11/2010, dove viene rilevato che «salvo casi eccezionali», è possibile ravvisare l'elemento della colpa «allorché la condotta dell'amministrazione si sia posta in termini collidenti ed antitetici rispetto a plurime e consolidate interpretazioni giurisprudenziali (il che è avvenuto nel caso di specie, sol che si ponga mente alle risposte fornite dalla giurisprudenza e d'anzì sinteticamente riportate in materia di integrabilità ex post dei bandi di gara, e di introduzione di specifiche). La sentenza appellata è, sul punto, condivisibile: l'appellata ha provato gli elementi strutturali della responsabilità ex art. 2043, con riferimento alla culpa dell'amministrazione (palese, posto che la condotta della medesima si pose in controtendenza rispetto a plurimi e concordanti indicazioni giurisprudenziali)».

¹¹⁹ Così S. PUDDU, *Colpa dell'apparato e rapporto procedimentale*, op. cit., pp. 117-118, la posizione dell'autore sul punto è decisamente critica. Al riguardo, viene evidenziato che «rappresentare l'elemento soggettivo come patologia grave, anche ricorrendo ad espedienti argomentativi quali indici o figure sintomatiche, porta ad eludere la ricerca delle componenti fondamentali per il giudizio sul rapporto».

¹²⁰ Come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa «costituisce ormai *ius receptum* che la sussistenza della colpevolezza debba apprezzarsi alla luce di elementi indiziari quali la gravità della violazione commessa dall'amministrazione – considerata quale presunzione semplice di colpa e non come criterio di valutazione assoluto – l'ampiezza del potere discrezionale da esercitare, l'univocità della normativa di riferimento, i precedenti giurisprudenziali, la particolare complessità della concreta situazione di fatto, gli eventuali apporti partecipativi del privato nel corso del procedimento. In presenza dei menzionati indici rivelatori della colpa, che il privato dovrà allegare, spetterà poi all'amministrazione offrire al giudice elementi, pure indiziari, ascrivibili allo schema dell'errore scusabile, che consentano di escludere la colpevolezza», così T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 23 febbraio 2007, n.47, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²¹ Attraverso il richiamo all'errore scusabile sono stati esclusi dal raggio della responsabilità aquiliana ipotesi in cui era ravvisabile la complessità della normativa vigente (per l'incertezza di norme da poco entrate in vigore), o anche nei casi di contrasti interpretativi; Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 settembre 2009, n. 5419, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui viene respinta la domanda di risarcimento danni nei confronti di un Comune, a seguito del passaggio in giudicato di una sentenza che aveva annullato un provvedimento di ritiro di una concessione edilizia, ritenendo non sussistente il necessario requisito della colpa della Pubblica Amministrazione, in quanto «la vicenda, sotto l'aspetto giuridico, fosse di non facile soluzione, come del resto è spesso verificabile esaminando la vasta esperienza giurisprudenziale relativa al tema delle distanze di costruzioni realizzate su lotti confinanti»; significativa al riguardo è poi la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2002, n.4007, in cui il collegio evidenzia che la «condizione perché possa riconoscersi il

rilevato che la giurisprudenza amministrativa ha statuito che «laddove la verifica della sussistenza dell'elemento soggettivo si risolva [...] in una questione di interpretazione ed applicazione di norme, il profilo probatorio, resta in larga parte assorbito dalla *quaestio iuris* che il giudice risolve autonomamente con i propri strumenti di cognizione in base al principio *iura novit curia*»¹²². In particolare, è stato sostenuto che qualora la verifica della sussistenza della colpa dipenda da un problema di interpretazione ed applicazione di norme, giudice amministrativo «può autonomamente estrapolare tutti i necessari elementi di valutazione dagli atti di causa, ed apprezzare, quindi, la sussistenza o meno dell'elemento soggettivo, indipendentemente dall'attività probatoria espletata da ciascun contendente a sostegno della propria posizione»¹²³.

3.3. IL RILIEVO DELLA COLPA ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

L'orientamento relativo all'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, sostenuto dalla maggioritaria giurisprudenza amministrativa italiana¹²⁴, è stata messa in discussione dal diritto dell'Unione europea. Di particolare rilievo risultano i recenti interventi della Corte di giustizia, che in alcune recenti pronunce ha precisato il significato e la portata di taluni principi dell'ordinamento giuridico europeo, indicando, nel contempo, i requisiti che devono caratterizzare le discipline degli Stati membri, affinché le stesse possano dirsi compatibili con la lettera e lo spirito della normativa europea.

diritto al risarcimento del danno è la positiva verifica di tutti i requisiti di legge: oltre alla lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento (il "danno ingiusto"), è indispensabile che sia accertata anche la colpa (o dolo) dell'Amministrazione». Ciò posto, il Collegio rileva che «non può configurarsi colpa dell'Amministrazione ove la violazione delle regole da parte di questa sia l'effetto di un errore scusabile, e se alla stessa Amministrazione non possano essere mosse censure sul piano della diligenza e della perizia». Nel caso oggetto del giudizio viene escluso che la condotta della Pubblica Amministrazione possa essere considerata colposa (anche) in quanto «in ordine alla questione oggetto della presente controversia la stazione appellante non poteva contare, al momento in cui ha adottato il procedimento di esclusione dalla gara del C.E.R., su alcun riferimento giurisprudenziale» deve, pertanto, escludersi che alla «stessa stazione appaltante possa essere imputato un qualche difetto di diligenza o di perizia. In definitiva, in assenza del requisito della colpa, la domanda risarcitoria avanzata dall'odierna appellante non può trovare ingresso».

¹²² Così T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 23 febbraio 2007, n.47, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²³ Così T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 14 marzo 2005, n.328, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹²⁴ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 marzo 2010, in *Giur. It.*, n. 11/2010 dove viene rilevato che è ormai «stabilmente consolidato» l'orientamento secondo il quale «il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale, ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge: ai fini dell'accertamento dell'elemento della colpa dell'amministrazione, è necessario accedere direttamente ad una nozione oggettiva di colpa, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento ed, in linea con le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento».

Un primo intervento, relativo all'elemento della colpa nell'ambito della responsabilità amministrativa, si è avuto con la sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, causa C-275/03, *Commissione c. Repubblica portoghese*. In tale pronuncia, il giudice europeo ha chiesto alla Repubblica portoghese di apportare delle modifiche alla normativa nazionale che subordinava il risarcimento del danno a favore di soggetti lesi da una violazione del diritto europeo in materia di appalti pubblici, alla prova, fornita dal danneggiato, della colpa o del dolo della Pubblica Amministrazione¹²⁵. In particolare, la Corte di giustizia ha espresso il principio di diritto in base al quale, con riferimento alle controversie in tema di appalti pubblici, è incompatibile con il diritto europeo¹²⁶ la disciplina nazionale che pone a carico del danneggiato la prova della colpa o del dolo dell'Amministrazione, che con la sua attività ha violato la normativa europea in materia di appalti pubblici.

All'indomani della pronuncia in questione, parte degli osservatori (in particolare, in sede dottrinale) hanno ritenuto che essa postulasse la radicale illegittimità delle norme nazionali le quali, al fine di accordare il ristoro della violazione di posizioni giuridiche di fonte europea, prevedevano la prova in concreto di una volontà colpevole (a titolo doloso o colposo) in capo alla Pubblica Amministrazione.

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa ha sostenuto che tale l'approdo interpretativo «comporterebbe la sostanziale reviviscenza della tesi (invero, da tempo superata nel dibattito pubblicistico nazionale) della c.d. *culpa in re ipsa* in capo all'Amministrazione, con sostanziale assimilazione, ai fini risarcitori, dell'illegittimità attizia e dell'elemento psicologico sotteso all'agire dell'Amministrazione medesima». Il giudice amministrativo ha ritenuto «che la richiamata giurisprudenza comunitaria abbia inciso non già sul versante sostanziale degli elementi costitutivi della fattispecie foriera di

¹²⁵ A seguito dell'inerzia della Repubblica portoghese la Corte di giustizia ha successivamente emanato la sentenza C-70/06, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica portoghese*, del 10 gennaio 2008 in cui, prendendo atto della mancata abrogazione del «decreto legge 21 novembre 1967, n. 48 051, che subordina il risarcimento ai soggetti lesi da una violazione del diritto comunitario in materia di pubblici appalti o di norme nazionali che recepiscono tale diritto alla prova della colpa o del dolo, la Repubblica portoghese non ha adottato le misure necessarie che l'esecuzione della sentenza 14 ottobre 2004, Commissione/Portogallo (causa C-275/03) implica, ed è di conseguenza venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 228, n. 1, CE (ora art. 260 TFUE)». «La Repubblica portoghese è condannata a pagare alla Commissione delle Comunità europee, sul conto «Risorse proprie della Comunità europea», una penalità di EUR 19392 per ogni giorno di ritardo nell'attuazione delle misure necessarie per conformarsi alla menzionata sentenza 14 ottobre 2004, Commissione/Portogallo, a decorrere dal giorno della pronuncia della presente sentenza fino all'esecuzione della detta sentenza 14 ottobre 2004».

¹²⁶ Segnatamente con la Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori.

danno (i.e.: ammettendo in radice che la responsabilità civile dell'Amministrazione, nella declinazione comunitaria, possa prescindere dalla stessa sussistenza di una volontà colpevole in capo all'Amministrazione), bensì sul diverso versante processuale e probatorio (limitandosi a dichiarare illegittimo *de jure comunitario* un sistema giudiziale di protezione delle posizioni giuridiche di fonte UE il quale gravi il soggetto leso della prova – in ipotesi, estremamente ardua – in ordine alla sussistenza del dolo o della colpa in capo all'Amministrazione che ha agito illegittimamente cagionando un danno)»¹²⁷. Tale indirizzo giurisprudenziale ha, quindi, ritenuto compatibile con i principi europei, il sistema della responsabilità aquiliana della Pubblica Amministrazione. Il Consiglio di Stato ha, infatti, sostenuto «la piena compatibilità con il diritto comunitario del prevalente orientamento giurisprudenziale interno secondo cui dall'illegittimità attizia possono desumersi elementi idonei a fondare a carico dell'Amministrazione una presunzione semplice di colpa, con conseguente attenuazione dell'onere probatorio posto a carico del soggetto leso, salva la possibilità per la stessa di reclamare la scusabilità dell'errore commesso». In altri termini, dimostrata la sussistenza di un vizio di legittimità, l'onere della prova della colpa si capovolge e spetterà alla Pubblica Amministrazione la dimostrazione della inevitabilità con la normale diligenza del vizio che affligge il provvedimento. «In tal modo, il Giudice amministrativo pone sostanzialmente a carico della P.A. l'onere di dimostrare l'esistenza dell'errore scusabile, senza alcuna lesione, quindi, dei principi comunitari»¹²⁸.

Nella successiva sentenza del 30 settembre 2010, causa C-314/09, la Corte di giustizia ha assunto un orientamento ancora più «eversivo». In tale pronuncia, la Corte ha precisato

¹²⁷ Così Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2009, n. 775, in www.giustizia-amministrativa.it, il collegio ritiene che la pronuncia dei Giudici di Lussemburgo non possa «essere intesa di guisa tale da comportare l'illegittimità *de jure comunitario* di un sistema di tutela risarcitoria per il solo fatto che esso includa la colpa della P.A. fra gli elementi necessariamente costitutivi della fattispecie foriera di danno. Al riguardo si osserva che, se per un verso è innegabile che la richiamata pronuncia comunitaria ha sanzionato lo Stato del Portogallo per aver subordinato la condanna al risarcimento dei danni conseguenti a violazioni del diritto comunitario in tema di appalti alla allegazione della prova, da parte dei danneggiati, che gli atti illegittimi dello Stato o degli enti di diritto pubblico siano stati commessi colposamente o dolosamente, nondimeno la richiamata decisione appare riferirsi all'onere della prova in relazione all'elemento soggettivo della responsabilità della P.A. e non alla esigenza di accertare la responsabilità, prescindendo dalla colpa dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. VI, sent. 1114 del 2007, cit.)».

¹²⁸ Così R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, op. cit., p. 174; al riguardo cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751, in www.giustizia-amministrativa.it, dove viene rilevato che la sentenza con la pronuncia della Corte di Giustizia, 14 ottobre 2004, C-275/03, «appare riferirsi all'onere della prova in relazione all'elemento soggettivo della responsabilità della P.A. e non alla esigenza di accertare la responsabilità, prescindendo dalla colpa dell'amministrazione. [...] nell'ordinamento italiano la possibilità per il privato danneggiato di utilizzare presunzioni pone sostanzialmente a carico della P.A. l'onere di dimostrare l'esistenza di un errore scusabile, senza alcuna lesione, quindi, dei principi comunitari».

ulteriormente il proprio indirizzo interpretativo, sostenendo che il diritto europeo (segnatamente la Direttiva 89/665/CEE), osta ad una normativa nazionale la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata.

La sentenza della Corte di giustizia è stata ispirata dall'esigenza di assicurare una tutela rapida ed efficace delle posizioni soggettive lese per effetto delle violazioni normative realizzate dalla Pubblica Amministrazione nelle procedure di affidamento di appalti pubblici. Tale esigenza corrisponde all'obiettivo della direttiva 89/665, consistente nel garantire mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile, a fronte di atti adottati dalle Pubbliche Amministrazioni in violazione della disciplina sugli appalti pubblici.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte di giustizia si fonda essenzialmente sulla necessità di equiparare le condizioni di esperibilità dei mezzi di tutela, accordati dall'ordinamento dell'Unione europea a fronte di violazioni normative in materia di appalti pubblici, identificati dalla direttiva 89/665 nei rimedi demolitori, cautelari e risarcitori.

In tale contesto, le conclusioni raggiunte dal giudice europeo sono giustificate dall'esigenza di evitare l'attenuazione della tutela, conseguente alla subordinazione dello strumento risarcitorio al carattere colpevole della violazione. Il principio dell'equiparazione dell'efficacia dei mezzi di tutela deve trovare una protezione rafforzata, laddove il rimedio risarcitorio costituisca l'unico strumento di tutela invocabile dal privato, nella fase successiva alla conclusione del contratto, a valle dell'aggiudicazione¹²⁹. In tale ipotesi, il risarcimento del danno deve necessariamente costituire un rimedio realmente alternativo rispetto agli altri strumenti di tutela accordati al privato.

Il percorso argomentativo e le ragioni che paiono aver indotto i giudici europei ad escludere il rilievo della colpa, nel settore dei danni da illegittima aggiudicazione di appalti

¹²⁹ Così R. GAROFOLI, *Diritto Amministrativo*, Vol.1, *op. cit.*, p. 57, in effetti tale evenienza corrisponde al regime accolto nell'ordinamento italiano per effetto dell'esercizio della facoltà, attribuita dall'ordinamento europeo agli Stati membri, di limitare la tutela del privato al rimedio risarcitorio, dopo la conclusione del contratto successiva all'aggiudicazione. In particolare, il risarcimento per equivalente è previsto come unico rimedio praticabile, in caso di mancata dichiarazione di inefficacia del contratto a fronte dell'annullamento dell'aggiudicazione. Il risarcimento per equivalente è previsto quale unico rimedio praticabile, in caso di mancata dichiarazione di inefficacia del contratto a fronte dell'annullamento dell'aggiudicazione ai sensi degli artt. 121, 122, 124 c.p.a.

pubblici passa attraverso tre passaggi logici:

- i) in alcuni degli ordinamenti degli Stati membri (tra cui quello italiano) è previsto che il giudice, una volta accertata l'illegittimità dell'aggiudicazione possa ciò nonostante concludere per la conservazione del contratto. Pertanto, in omaggio ai principi di effettività della tutela, è necessario che il risarcimento per equivalente risulti quale rimedio realmente alternativo rispetto a quello costituito dal conseguimento dell'aggiudicazione del contratto;
- ii) il risarcimento per equivalente può dirsi realmente alternativo rispetto al rimedio in forma specifica, costituito ovviamente dal conseguimento dell'aggiudicazione, soltanto a condizione che lo stesso non venga subordinato a condizioni più gravose;
- iii) in tale contesto, la colpa risulta di certo irrilevante nell'ipotesi in cui si agisce per il conseguimento dell'aggiudicazione del contratto; essa, inoltre, non può assumere rilievo allorché si attivi l'alternativo rimedio per equivalente¹³⁰.

Con specifico riguardo alla fattispecie della responsabilità da violazioni in materia di appalti pubblici, l'orientamento della Corte di giustizia è stato seguito dalla prevalente giurisprudenza amministrativa nazionale, la quale, in alcune recenti pronunce, non ha «rilevato alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell'illecito, sulla base dei più recenti indirizzi della giurisprudenza comunitaria»¹³¹. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che gli argomenti addotti dalla difesa erariale circa la mancanza di colpa da parte della stazione appaltante, che avrebbe assunto una condotta chiaramente scusabile, debbano recedere di fronte alla «giurisprudenza comunitaria e, in particolare, alla sentenza CGUE,

¹³⁰ Cfr. R. GAROFOLI, *Diritto Amministrativo*, Vol.1, *op. cit.*, p. 57, dove viene evidenziato che l'elemento della colpa, «irrilevante quando si agisce con i rimedi diretti al conseguimento dell'aggiudicazione o del contratto ai sensi dell'art.124 c.p.a., non può assumere rilevanza ove si attivi, in via alternativa, il rimedio del risarcimento per equivalente».

¹³¹ Così Consiglio di Stato, Sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1193, in www.giustizia-amministrativa.it; Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez.II, 4 novembre 2010, n. 4552, in www.giustizia-amministrativa.it, dove viene affermato che «il profilo dell'accertamento della sussistenza della colpa è destinato a perdere consistenza alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. III – 30/9/2010 (causa C-314/2009). La Corte ha infatti ritenuto che gli Stati membri non possono subordinare la concessione di un risarcimento al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice. [...] In questo quadro complessivo il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività perseguito dalla direttiva soltanto a condizione che la possibilità di riconoscerlo "... non sia subordinata ... alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice". Ciò posto, anche l'inversione dell'onere della prova a carico dell'amministrazione aggiudicatrice non è accettabile, poiché genera "il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante"; cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2012, n. 3444, in www.giustizia-amministrativa.it.

sezione III, 30.9.2010 –causa C-314/2009 –*Stadt Graz*, secondo cui, in materia di appalti pubblici di lavori, il diritto a ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice non può essere subordinato al carattere colpevole della violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa nazionale sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, presunzione vincibile soltanto attraverso la dimostrazione della scusabilità dell'errore»¹³².

La sentenza della Corte di giustizia ha riaperto il dibattito in merito alla responsabilità provvedimentale della Pubblica Amministrazione. In particolare, fra gli interpreti si è acceso un dibattito circa l'incidenza dell'intervento del giudice europeo al di fuori del settore degli appalti pubblici.

Parte della dottrina ha escluso che i principi espressi dalla Corte di giustizia nella causa C-314/09 possano trovare applicazione in settori diversi dagli appalti pubblici, tenuto conto della particolarità del settore e attesa la mancanza di uno specifico referente normativo.

Sul fronte opposto, è stata sostenuta l'esigenza di una generale revisione dello schema tradizionalmente elaborato in riferimento alla responsabilità della Pubblica Amministrazione. Si è sostenuto che l'intervento della giurisprudenza europea in materia di responsabilità nel settore degli appalti pubblici, coinvolga tutti gli ambiti di esercizio dell'attività amministrativa, in ragione della *vis* espansiva del diritto europeo negli ordinamenti degli Stati membri.

La giurisprudenza nazionale sembra invece salda nel considerare l'elemento soggettivo quale necessario requisito costitutivo della responsabilità da lesione di interessi legittimi, circoscrivendo la portata dei principi espressi dalla Corte di giustizia in tema di responsabilità oggettiva della Pubblica Amministrazione al solo settore degli appalti pubblici.

In tale contesto, è intervenuta una pronuncia del Consiglio di Stato, che ha affrontato la questione della compatibilità del sistema interno di elaborazione pretoria della responsabilità presunta, rispetto ai principi enunciati dalla Corte di giustizia.

Con la sentenza del 31 gennaio 2012, n. 482¹³³, il Consiglio di Stato ha «ribadito la tesi della sovrapponibilità dello statuto della responsabilità per danni del diritto interno con quello dell'ordinamento comunitario, ed ha riproposto quindi ancora una volta la tesi della

¹³² Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n.661, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹³³ Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n.482, in www.neldiritto.it; in senso conforme Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 luglio 2012, n.4089, in www.giustizia-amministrativa.it.

responsabilità presunta, superabile mediante il ricorso all'errore scusabile»¹³⁴. Il collegio ha affermato, in particolare, che «se la giurisprudenza interna séguita ad ancorare l'accertamento della responsabilità anche al requisito della colpa (o del dolo), ciò non comporta necessariamente una violazione dei principi del diritto europeo in *subiecta materia*, essendo soltanto la conseguenza dell'applicazione delle coordinate entro le quali la predetta responsabilità è inquadrata nell'ordinamento interno», posto che la stessa Corte europea ha sempre ribadito che, una volta rispettati i parametri generali da essa fissati è sulla base del diritto interno che il giudice nazionale deve accertare la sussistenza o l'insussistenza della responsabilità nei casi singoli. Il Consiglio di Stato ha concluso nel senso che «al di là della questione più generale – che solo l'evoluzione giurisprudenziale futura potrà chiarire – di quali potranno essere le ricadute concrete del principio così enunciato, quand'anche esso dovesse essere inteso nel senso dell'affermazione di una vera e propria responsabilità oggettiva, è del tutto ragionevole che esso debba restare circoscritto al settore degli appalti pubblici, come si desume non solo dal richiamo alla disciplina europea specifica in materia di ricorsi giurisprudenziali in materia di procedure di aggiudicazione (la citata direttiva 89/665/CEE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE), ma anche dall'evidente tensione della Corte all'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie per la sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza»¹³⁵.

Da ultimo, il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi su tema della responsabilità della Pubblica Amministrazione nella materia degli appalti pubblici, con la sentenza n. 966 del 18 febbraio 2013. Il collegio, nel dare rigorosa applicazione ai principi europei, rileva che in materia di risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi nel campo degli appalti pubblici si «configurerebbe una responsabilità non avente natura né contrattuale né extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici».

«Intesa in questo senso, è dunque evidente che tale regola non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro

¹³⁴ Così C. RUSSO, *Elemento soggettivo nella responsabilità della P.A.*, in *Treccani il libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, pp. 738-739.

¹³⁵ Così Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2012, n.482, in www.neldiritto.it.

che per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel Codice appalti»¹³⁶. In definitiva, il Collegio perviene alla conclusione che, al fine di configurare la risarcibilità dei danni per equivalente in materia di appalti pubblici, è necessario prescindere da qualsiasi considerazione della colpa, ferma restando la necessità di individuare le altre componenti dell'illecito, vale a dire l'illegittimità dell'azione amministrativa, il nesso di causa ed il danno.

Concludendo, dall'analisi della giurisprudenza amministrativa nazionale si evince la tendenza all'applicazione rigorosa del principio della responsabilità oggettiva nella materia degli appalti pubblici, nel dichiarato intento di dare applicazione alla «regola comunitaria».

In particolare, si ricava la coesistenza di due «statuti della responsabilità» della Pubblica Amministrazione:

- i) uno statuto generale, fondato sulla responsabilità colposa con onere della prova invertito, in cui alla Pubblica Amministrazione è dato di provare l'errore scusabile;
- ii) uno statuto particolare, limitato al settore degli appalti pubblici, e non esportabile fuori da esso, fondato sulla responsabilità oggettiva¹³⁷.

A ciò va, inoltre, aggiunto che, come precisato dal Consiglio di Stato lo statuto particolare degli appalti pubblici fondato sulla responsabilità oggettiva si applica soltanto alle controversie aventi ad oggetto la fase di affidamento dell'appalto pubblico, in quanto soltanto tale fase è coperta dal dell'Unione europea, e non a quelle controversie insorte nella fase di esecuzione dell'appalto, che torna ad essere retta dalle regole comuni¹³⁸.

¹³⁶ Così Consiglio di Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 966, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Poco importa, per il giudice comunitario, che un ordinamento nazionale non faccia gravare sul ricorrente l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'Amministrazione aggiudicatrice, ma la presuma a carico della stessa; infatti, dal momento in cui si consente a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, si genera ugualmente il rischio che il ricorrente pregiudicato da una decisione illegittima di un'Amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'Amministrazione riesca a vincere la suddetta eventuale presunzione di colpevolezza.

¹³⁷ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-quater, 23 marzo 2013, n. 2978, in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove viene evidenziato che «al di fuori della materia degli appalti, per il quale vige l'opposto principio della irrilevanza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), in tutti gli altri casi ai fini dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno a carico della Pubblica amministrazione non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento lesivo, ma è altresì necessaria la prova del danno subito e la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo ovvero della colpa».

¹³⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 novembre 2011, n.6027, in *www.giustizia-amministrativa.it*; cfr. C. RUSSO, *Elemento soggettivo nella responsabilità della P.A.*, in *Treccani il libro dell'anno del diritto 2013*, op. cit., pp. 738-739.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea i principi si configurano come norme idonee a creare diritti e obblighi: essi costituiscono una fonte propria del diritto europeo, comprendente determinati canoni di valori tratti per astrazione non solo da norme concrete dell'ordinamento europeo, ma anche da elementi comuni agli ordinamenti degli Stati membri. In particolare, i principi generali, nell'esprimere tutta la propria forza uniformante del loro essere, per l'appunto, «generali», hanno svolto un ruolo determinante nell'ambito del processo di ravvicinamento ed integrazione dei sistemi giuridici degli Stati membri. Tale fenomeno ha avuto delle implicazioni fondamentali per il diritto amministrativo nazionale, in quanto proprio in questo settore del diritto, probabilmente più che in ogni altro, si è manifestata quella particolare attitudine del diritto europeo nel generare fenomeni di convergenza ed armonizzazione sui diritti degli Stati membri.

I principi giuridici europei costituiscono il prodotto della costante opera interpretativa e di un sistematico lavoro di ricostruzione della Corte di giustizia, la quale, attraverso l'analisi non solo del diritto dell'Unione europea, ma anche della legislazione e della giurisprudenza dei vari Stati membri, ha enucleato, elaborato, ricostruito e conferito ordine sistematico ai principi giuridici europei.

L'aspetto maggiormente caratterizzante la nascita dei principi del diritto dell'Unione europea è rappresentato dal circuito del loro passaggio dagli ordinamenti nazionali all'ordinamento europeo e del loro successivo ritorno da quest'ultimo agli ordinamenti nazionali. Infatti, a seguito dell'estrapolazione dei principi dagli ordinamenti nazionali e della successiva incorporazione nell'ordinamento europeo, i principi diventano vincolanti non solo per le istituzioni europee, ma anche per gli Stati membri.

In dottrina è stato messo in risalto l'esistenza di un processo di c.d. *cross-fertilization* tra gli ordinamenti degli Stati membri e quello dell'Unione europea: i principi dopo essere stati «esportati» dagli ordinamenti nazionali e rielaborati e sviluppati dai giudici europei, «ritornano» modificati negli ordinamenti nazionali. In sintesi, la formulazione dei principi generali del diritto europeo costituisce il risultato di lungo processo di *cross-fertilization*, in sostanza di una stretta interazione dialettica tra gli ordinamenti degli Stati membri e quello europeo. Da un lato il rispetto dei principi del diritto europeo si impone ad

ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto dell'unione europea, e dall'altro lato, i principi europei pur trovando origine negli ordinamenti nazionali, vengono a presentare dei profili in parte modificati, ma soprattutto «rinforzati» a seguito della rielaborazione subita nell'ambito europeo e, pertanto, risultano ragionevolmente destinati a trovare rinnovata applicazione negli ordinamenti degli Stati membri anche al di là della più ristretta sfera di attuazione del diritto dell'Unione.

In particolare, il fenomeno si caratterizza in primo luogo per i c.d. «effetti di ritorno» (c.d. *feed back effect*). I principi europei, così come interpretati e sviluppati dalla giurisprudenza dell'Unione, determinano sull'ordinamento di origine del principio, il progressivo adeguamento alle linee di sviluppo identificate dalla Corte di giustizia. In secondo luogo, l'applicazione dei principi europei penetra anche negli ordinamenti degli altri Stati membri diventando vincolante non solo in tutte le fattispecie di diretta rilevanza per il diritto europeo, bensì anche nelle vicende aventi rilevanza soltanto per il diritto interno (c.d. *spill over effect*).

Le ragioni del fenomeno del c.d. *spill over* sono da ricondurre, innanzitutto, alla necessità di evitare discriminazioni nei casi in cui l'applicazione del diritto europeo produca un trattamento giuridico più favorevole di quello riservato alla medesima situazione dal diritto interno. Il secondo motivo, si collega al fatto che la tutela giurisdizionale dei diritti sanciti dall'ordinamento europeo è affidata ai giudici nazionali; difficilmente, infatti, accade che l'autorità giudiziaria nazionale possa seguire a lungo un sistema binario di parametri di riferimento e applicare di conseguenza criteri e regole differenti a seconda del diritto (nazionale o europeo) concretamente applicato. Una volta conosciuti e utilizzati, i principi diventano parte del patrimonio culturale e tecnico-giuridico dei giudici nazionali. Di conseguenza, l'ordinamento interno tende ad adeguarsi stabilmente, attraverso un meccanismo di progressiva osmosi, allo standard europeo.

In tale contesto normativo, i principi generali del diritto amministrativo europeo ed in particolare i principi della tutela del legittimo affidamento, della certezza del diritto, di proporzionalità e della responsabilità, hanno avuto un impatto significativo sullo sviluppo del diritto amministrativo nazionale.

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano e con specifico riferimento ai principi del diritto europeo, l'art.1, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241 riveste indubitabilmente una rilevante importanza. Con tale norma, il legislatore, nell'intento di arricchire il catalogo dei principi generali dell'attività amministrativa, ha operato un

esplicito richiamo ai «principi dell'ordinamento comunitario». Tale richiamo potrebbe apparire scontato, ovvero meramente ricognitivo dell'efficacia e della rilevanza diretta delle norme europee e in parte privo di utilità pratica, atteso che è nozione comune che le norme del diritto europeo ivi compresi i principi, aventi effetti diretti, sono direttamente applicabili nell'ordinamento nazionale, con conseguente obbligo di disapplicazione delle norme nazionali contrastanti. È, inoltre, dato ampiamente consolidato che le norme ed i principi europei integrano il parametro di legalità dell'azione amministrativa.

In sintesi, il rinvio in argomento potrebbe apparire superfluo, in quanto la doverosità dell'applicazione dei principi dell'ordinamento europeo risulterebbe tale non a causa del richiamo effettuato dalla legge n.241/1990, bensì in forza dei principi di efficacia diretta e supremazia delle norme europee.

Effettivamente alla luce di tale impostazione e limitatamente alle materie di competenza dell'Unione europea, il richiamo di cui all'art.1 della legge n.241/1990 appare come una indicazione «didattica», ovvero meramente ricognitiva di un effetto che era già presente prima dell'introduzione dell'esplicito rinvio ai «principi dell'ordinamento comunitario».

Tuttavia, la disposizione normativa ha indubitabilmente «un'efficacia di tipo costitutivo» ed un valore innovativo per l'attività amministrativa non attinente alle funzioni trasferite alle istituzioni europee. Al riguardo, non va dimenticato un dato molto rilevante: nelle materie escluse dalla competenza dell'Unione, riacquistano piena efficacia i singoli ordinamenti nazionali i quali, laddove esistono ancora spazi giuridici non disciplinati dalle norme dei Trattati, dei regolamenti o delle direttive, potrebbero in ipotesi optare per scelte regolative dissonanti rispetto ai principi propri del diritto dell'Unione.

L'importanza del rinvio effettuato dalla legge n.241/1990 è, quindi, data dal fatto che i principi dell'Unione assumono rilevanza e trovano applicazione per tutta l'attività amministrativa, anche quando non si tratta di questioni di diretta competenza europea. Con maggiore impegno esplicativo, è possibile affermare che la disposizione normativa di cui all'art.1, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha il merito di «nazionalizzare i principi dell'ordinamento europeo».

Pertanto, il rinvio «mobile» ai principi dell'Unione europea, operato dall'art.1 della legge n.241/1990 appare tutt'altro che ridondante, risultando non soltanto innovativo dell'ordinamento, ma anche e soprattutto opportuno alla luce dell'uniformità di trattamento delle situazioni giuridiche soggettive di matrice europea e nazionale. L'art.1 della legge n.

241/1990 enuncia una regola innovativa, chiara ed inequivocabile: l'azione amministrativa nazionale è tenuta al rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea. Si noti bene: tutta l'azione amministrativa nazionale, non solo quella in cui la fattispecie ha rilevanza transnazionale. L'introduzione del rinvio mobile ai principi europei comporta, dunque un'attuazione, in via amministrativa e giurisdizionale, che consideri i principi dell'Unione quali vincoli cogenti per tutta l'azione amministrativa nazionale.

In tale ambito, occorre rilevare che l'attitudine del diritto europeo nel condizionare il diritto interno si manifesta anche sul versante della patologia dell'atto amministrativo.

La questione si pone in questi termini: l'accertata difformità di un provvedimento amministrativo interno rispetto alle norme dell'Unione europea, determina una patologia individuata nella c.d. «anticomunitarietà», con ricadute sia sul diritto sostanziale che su quello processuale nazionale.

Al riguardo, occorre evidenziare che l'individuazione del regime giuridico dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto dell'Unione europea risente, in qualche modo, della soluzione accolta in ordine alla questione dei rapporti tra l'ordinamento europeo e nazionale. L'accoglimento della tesi dell'integrazione dei due ordinamenti, sempre propugnata dalla Corte di giustizia e sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, ha portato a ritenere che il regime dell'atto amministrativo «antieuropeo» sia quello dell'annullabilità, non dissimile, quindi, dal regime di un qualsiasi atto amministrativo illegittimo.

Tale approccio interpretativo, sostenuto ormai dalla maggioritaria e consolidata giurisprudenza amministrativa, risulta operativo sia nell'ipotesi in cui sussista un contrasto tra l'atto amministrativo nazionale e una norma europea direttamente applicabile, sia nel caso in cui l'atto amministrativo risulti conforme ad una norma nazionale a sua volta contrastante con un atto normativo dell'Unione europea.

In tale contesto, occorre, però, evidenziare che la violazione delle norme dell'Unione europea, in qualche modo, mette in crisi il tradizionale regime dell'invalidità, così come elaborato e conosciuto nel diritto amministrativo nazionale. Infatti, la giurisprudenza europea pur non introducendo dei rimedi giurisdizionali non presenti negli ordinamenti nazionali, chiede comunque una «funzionalizzazione» dei rimedi esistenti alla luce delle esigenze di tutela del principio di effettività del diritto europeo. Pertanto, il quadro che emerge è quello di una tensione alla ricerca di un difficile bilanciamento tra i principi che fanno da sfondo all'atto amministrativo «antieuropeo», in sintesi i principi di: effettività,

primazia, certezza del diritto, autonomia processuale e procedimentale. In effetti, allo stato attuale, nell'ambito dell'ordinamento giuridico europeo non è possibile individuare, un chiaro riferimento normativo che possa giustificare l'obbligo dell'autotutela con esiti eliminatori di un atto amministrativo «antieuropeo». Inoltre, non esistono le condizioni per basare una tale scelta attraverso una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, e ciò nonostante i giudici europei abbiano con le loro decisioni, segnato delle svolte decisive nella storia del diritto europeo.

L'ordinamento giuridico dell'Unione europea non impone, né la disapplicazione, né l'annullamento in autotutela dell'atto amministrativo «antieuropeo», tuttavia un obbligo in tal senso o una facoltà (più o meno vincolata) può comunque essere stabilito dagli Stati membri nell'esercizio dell'autonomia procedurale. In dottrina è stato, per l'appunto, auspicato un intervento normativo per risolvere definitivamente il groviglio giuridico causato dall'inoppugnabilità di un atto amministrativo in contrasto con le regole europee. Quel che l'ordinamento europeo, invece, impone agli Stati membri è, al ricorrere di determinate condizioni, l'obbligo del risarcimento del danno causato da un provvedimento amministrativo contrastante con il diritto dell'Unione. A ben vedere, la sussistenza di tale obbligo risarcitorio può incidere, anche in modo determinante, sull'esercizio del potere discrezionale di autotutela con esiti eliminatori del provvedimento illegittimo.

In effetti, in tale caso la Pubblica Amministrazione, tenendo in debito conto il rischio di esporre lo Stato ad una condanna al risarcimento del danno, dovrebbe ragionevolmente valutare l'opportunità di annullare d'ufficio, oppure su istanza di parte, l'atto amministrativo «antieuropeo», anche se definitivo.

Nel quadro delineato, la tematica del risarcimento dei danni causati dalla Pubblica Amministrazione, riveste un ruolo fondamentale per la comprensione del fondamentale ruolo che i principi del diritto europeo hanno avuto nel superamento di uno spazio di impunità e privilegio che mal si conciliava con le più elementari esigenze di giustizia.

In particolare, il diritto europeo ha svolto un ruolo fondamentale nella caduta del c.d. dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, determinando, così, il riconoscimento della responsabilità per danni arrecati dalla Pubblica Amministrazione attraverso un'attività provvedimentale illegittima. In definitiva, l'ordinamento giuridico dell'Unione europea ed in particolare i principi generali dell'amministrazione europea hanno svolto un ruolo determinante ai fini del riconoscimento, della valorizzazione e della concreta tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei soggetti incisi dall'azione amministrativa.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Atti dei convegni Lincei. I principi generali del diritto*, Accademia dei Lincei, Roma, 1992.

AA.VV., a cura di AMIRANTE D., *La forza normativa dei principi, il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006.

AA.VV., a cura di BATTINI S., VESPERINI G., *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2006.

AA.VV., a cura di CARINGELLA F., M. PROTTO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2012.

AA.VV., a cura di CARTABIA M., *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011.

AA.VV., a cura di CERULLI IRELLI V., *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006.

A.A.V.V., a cura di CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013.

AA.VV., diretto da CHITI M.P., GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007.

AA.VV., a cura di CHITI M.P., NATALINI A., *Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012.

AA.VV., a cura di CHITI M.P., PALMA G., *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

AA.VV., a cura di COGLIANI S., *Commento all'art.21-nonies, in Commentario alla legge sul procedimento amministrativo, l. n.241 del 1990 e successive modificazioni*, Padova, 2007.

AA.VV., a cura di CORLETTI D., *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007.

AA.VV., a cura di CORRADINO M., *Il procedimento amministrativo*, Torino, 2010.

AA.VV., a cura di DELLA CANANEA G., *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, 2007.

AA.VV., a cura di DELLA CANANEA G., *Diritto Amministrativo Europeo - Principi e Istituti*, Milano, 2011.

AA.VV., a cura di D'ALBERTI M., *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010.

AA.VV., a cura di D'ANGELO G., *Materiali per lo studio del diritto amministrativo*, Milano, 2013.

AA.VV., a cura di DI SAN LUCA G. C., *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato, Vol. I, LA tutela delle situazioni soggettive nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2011.

AA.VV., a cura di DRAETTA U. e PARISI N., *Elementi di diritto dell'Unione europea, parte speciale il diritto sostanziale*, Milano, 2010.

AA.VV., a cura di FALCON G., *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Padova, 2008.

AA.VV., a cura di FALCON G., *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010.

A.A.V.V., a cura di GALETTA D.U., *Diritto amministrativo nell'Unione europea, argomenti e materiali*, Torino, 2014.

AA.VV., a cura di GARDINI G., VANDELLI L., *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2013.

AA.VV., a cura di DE LA FERIA R., VOGENAUER S., *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law?*, Oxford and Portland, 2011.

AA.VV., a cura di LIBERATI A., *Responsabilità pre-contrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali*, Torino, 2009.

AA.VV., a cura di MANGIAMELI S., *L'ordinamento europeo, Vol. II, l'esercizio delle competenze*, Milano, 2006.

AA.VV., a cura di MARCHETTI B., *L'amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009.

AA.VV., a cura di NANIA R. e RIDOLA P., *I diritti costituzionali*, Torino, 2006.

AA.VV., a cura di PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A., *La Pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n.241/1990 riformata dalle leggi n.15/2005 e n.80/2005*, Torino, 2005.

AA.VV., a cura di PACE L.F., *Nuove tendenze del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2012.

AA.VV., a cura di PERFETTI R., *Il procedimento e le responsabilità*, Padova, 2013.

AA.VV., a cura di PICOZZA E., *Processo Amministrativo e Diritto Comunitario*, Padova, 2003.

AA.VV., a cura di PORTALURI P. L., *L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti. Atti del convegno di Lecce del 27-28 aprile 2012*, Napoli, 2012.

AA.VV., a cura di RENNA M., SAITTA F., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.

A.A.V.V., a cura di SANDULLI M.A., *Codice dell'azione amministrativa (estratto)*, Milano, 2011.

AA.VV., a cura di SANDULLI M.A., *Il nuovo processo amministrativo*, Vol. I, Milano, 2013.

AA.VV., a cura di SANDULLI A., PIPERATA G., *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Napoli, 2011.

AA.VV., a cura di SCIULLO G., *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Bologna, 2006.

AA.VV., a cura di SCIULLO G., *Ordinamento europeo e Pubblica amministrazione*, Bologna, 2009.

AA.VV., a cura di SPITALERI F., *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, in *Quaderni della Rivista Il diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009.

AA.VV., a cura di STICCHI DAMIANI S. e VETRÒ F., *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010.

AA.VV., a cura di STROZZI G., *Diritto dell'Unione europea-parte speciale*, Torino, 2010.

AA.VV., a cura di TIZZANO A., *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014.

AA.VV., a cura di TOMEI R., *La nuova disciplina dell'azione amministrativa, commento alla legge n.241 del 1990 aggiornato alle leggi n.15 e n.80 del 2005*, Padova, 2005.

AA.VV., a cura di TORCHIA L., *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2010.

ADINOLFI A., *Materiali di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2007.

ALLENA M., *Art.6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

ASTONE F., *Contributo allo studio dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, Soveria Mannelli, 2011.

ASTONE F., *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999.

ANSALDI G.A., *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Roma, 2012.

- AVANZINI G., *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007.
- BARTOLINI A., *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005.
- BASTIANON S., *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.
- BENVENUTI F., *Scritti giuridici*, Vol. I, *Monografie e manuali*, Milano, 2006.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, Vol. 5, *La responsabilità*, Milano, 2012.
- BIRTWISTLE T., *Principles of European Union Law*, Liverpool, 2002.
- BELLOMO F., *Manuale di diritto Amministrativo*, Vol.1, Padova, 2009.
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.
- VON BOGDANDY A., *I principi fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2011.
- VON BOGDANDY A., BAST J., *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2008.
- CACCIAVILLANI C., *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005.
- CARBONE S.M., *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009.
- CARETTI P., PINELLI C., POTOTSCHNIG U., LONG G. BORRÈ G., *La Pubblica Amministrazione*, Art. 97-98, Bologna-Roma, 1994.
- CARLOTTI G., *Il nuovo provvedimento amministrativo (Leggi n.15 e n.80 del 2005)*, Padova, 2005.
- CARINGELLA F., *Diritto amministrativo*, Roma, 2014.
- CARINGELLA F., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione : un istituto dal sesso incerto, relazione tenuta al convegno del 29 ottobre 2007 su «Attività contrattuale e responsabilità della pubblica amministrazione»*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Roma, 2012.
- CARINGELLA F., PASTORE M., *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. V, *L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014.
- CARINGELLA F., CAMERIERO L., TARANTINO L., *Le sentenze storiche del diritto amministrativo*, Roma, 2009.
- CARRÀ M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010.

CASTANGIA I., BIAGIONI G., a cura di, *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2011.

CAVALLARI C., *La nullità del provvedimento amministrativo, cause ed effetti tutela innanzi al giudice amministrativo*, Roma, 2014.

CERRETO A., *L'istituzione della V Sezione del Consiglio di Stato e le altre innovazioni introdotte dalla L. 7 marzo 1907 n.62, con accenno alle questioni fondamentali emerse nella giurisprudenza della V Sezione nel periodo 1907-1923*, in www.giustizia-amministrativa.it.

CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2008.

CHALMERS D., DAVIES G., MONTI G., *European Union Law*, Cambridge, 2010.

CHIEPPA R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, *Dir. proc. amm.*, 2003.

CHITI M. P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011.

CHITI M.P., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003.

CICIRIELLO M.C., *L'Unione Europea e i suoi principi giuridici*, Napoli, 2010.

CIOFFI A., *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012.

CIRILLO G. P., *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2003.

CIVATARESE MATTEUCCI S., GARDINI G., *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 1/2013.

COCCO G., *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi. Coordinate teoriche ed applicazioni pratiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001.

COCCONI M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010.

CONTI S., *La responsabilità risarcitoria della Pubblica Amministrazione*, in www.amcorteconti.it.

CORRADINO M., *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2011.

CORRADINO M., CAPIZZI M., *Il diritto amministrativo nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Roma, 2014.

CORSO G., GUERINO F., *Il provvedimento amministrativo nella giurisprudenza*, Torino, 2011.

CORSO G., GUERINO F., FOLLIERI F., JACINTO F., TRIMARCHI M., *Giustizia amministrativa. Casi di giurisprudenza*, Torino, 2014.

CRAIG P., *EU Administrative Law*, Oxford, 2012.

CRAIG P., DE BÚRCA G., *EU Law -text, cases and materials*, Oxford, 2011.

CUTHBERT M., *European Union Law*, London, 2011.

D'ALBERTI M., *L'effettività e il diritto amministrativo*, Napoli, 2011.

D'ARIENZO M.C., *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo. Silenzio patologico e danno da ritardo: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012.

DE CAROLIS D., *L'annullabilità del provvedimento amministrativo. Estratto ad uso degli studenti tratto da F. Caringella, D. Carolis, G. De Marzo (a cura di), Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n.15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2009.

DE LUCIA L., *Introduzione al provvedimento amministrativo transnazionale nel diritto europeo*, Torino, 2009.

DELLA CANANEA, G. FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010.

DI PACE R., *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011.

DI SAN LUCA G. C., *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2011.

FABBRINI F., *La Corte di giustizia europea e la cittadinanza dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.7/2010.

FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo – l'attività*, Padova, 2009.

FANTI V., *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.

FARINA M., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Forlì, 2011.

FIORILLO A., *La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione degli interessi illegittimi prima e dopo il codice del processo amministrativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 3/2012.

FOÀ S., *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011.

FRACCHIA F., GILI L., *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della Pubblica Amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2013.

FRAGOLA M., *Temi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008.

FRANCO I., *Violazione del diritto comunitario, disapplicazione, nullità e annullabilità*, in *Urbanistica e Appalti*, n.9/2009.

GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010.

GALETTA D.U., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.10/2006.

GALETTA D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009.

GALETTA D.U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Rivista di Diritto Amministrativo*, Anno XVIII, n. 3/2010.

GALETTA D.U., *Nota a sentenza: Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. II, sentenza del 21 dicembre 2011, causa C-482/10, Teresa Cicala c. Regione Siciliana*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Anno XXII, n. 3-4/2012.

GALETTA D.U., *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art.41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Rivista Il Diritto dell'Unione Europea*, Milano, n. 1/2013.

GALETTA D.U., *La giurisprudenza della corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in <http://www.ius-publicum.com>.

GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

GALETTA D.U., BOTTINO G., *Materiali per un corso di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2008.

GALGANI F., *Trattato di diritto civile*, Vol. III, Padova, 2010.

GAROFOLI R., *Diritto Amministrativo*, Vol.1, Roma, 2012.

GAROFOLI R., *Diritto Amministrativo*, Vol.3, Roma, 2013.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

- GIOVAGNOLI R., *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Milano, 2010.
- GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009.
- GIUFFRIDA A., *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, 2012.
- GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, Vol. II, *Parte Speciale-Lettere*, Milano, 2013.
- GRECO G., *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* – 2006.
- GRECO R., *Il diritto amministrativo europeo dopo il trattato di Lisbona*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- KNILL C., *The Europeanisation of National Administrations. Patterns of Institutional Change and Persistence*, Cambridge, 2001.
- LA ROSA G., *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013.
- LENAERTS K., VAN NUFFEL P., *European Union Law*, London, 2011.
- LEVI G., *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2006.
- LIBERATI A., *La responsabilità della Pubblica Amministrazione ed il risarcimento del danno*, Padova, 2009.
- LIBERATI A., *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006.
- LIBERATI A., *Il procedimento amministrativo*, Padova, 2008.
- LIBERATI A., *Il risarcimento del danno cagionato dalla Pubblica Amministrazione. Danni patrimoniali e danni non patrimoniali. Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, Padova, 2005.
- LUCIANI F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010.
- MACCHIA M., *La violazione del diritto comunitario e l'«eccezione disapplicatoria»*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8/2007.
- MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012.

MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

MERUSI F., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011.

MERUSI F., *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5/2012.

MERUSI F., FIORITTO A., CIAGLIA G., GIOMI V., BERTANI A., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2009.

MENGOZZI P., *Il diritto della Comunità europea*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1990.

MENGOZZI P., *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli ed i principi generali del diritto dell'Unione*, Quaderni della Rivista "Il Diritto dell'Unione Europea", Milano, 2011.

MICELI R., *Indebito comunitario e sistema tributario interno, contributo allo studio del rimborso d'imposta secondo il principio di effettività*, Milano, 2009.

MIDIRI M., *Poteri pubblici e giurisdizione*, Torino 2011.

MORI P., *Rapporti tra fonti nel diritto dell'Unione europea. Il diritto primario*, Torino, 2010.

MORVIDUCCI C., *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010.

MOZZATI A., *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Genova, 2012.

MUSONE R., *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007.

MUSONE R., *Il riesame dell'atto amministrativo contrastante con il diritto dell'Unione europea*, Roma, 2014.

NUCERA V., *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia e ordinamento tributario interno*, Padova, 2010.

OLESSINA A., *L'esercizio dell'autotutela rispetto a decisioni pluristrutturate contrastanti con il diritto comunitario*, in *Giurisprudenza Italiana*, n.12/2006.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2002.

PACINI M., *Il principio generale europeo di non discriminazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8/2010.

PACINI M., *Verso la disapplicazione delle disposizioni legislative contrarie alla Cedu?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2007.

- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2000.
- PICOZZA E., *Diritto Amministrativo e Diritto Comunitario*, Torino, 1997.
- PISTORIO G., *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.
- PIZZETTI F.G., *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione...*, in *Giurisprudenza Italiana*, n.7/2000.
- PERFETTI L. R., *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008.
- PUDDU S., *Colpa dell'apparato e rapporto procedimentale*, Napoli, 2011.
- RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa, Principi operativi e ambiti operativi*, Milano, 2006.
- RAMAJOLI M., VILLATA R., *Contrasto di un atto con il diritto europeo*, in *Treccani il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012.
- ROSSI G., *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010.
- RUSSO C., *Elemento soggettivo nella responsabilità della P.A.*, in *Treccani il libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013.
- RUSSO E., *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Milano, 2008.
- SANNA TICCA E., *Cittadino e pubblica amministrazione nel processo di integrazione europea*, Milano, 2004.
- SCALCIONE A., *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, a cura di S. STICCHI DAMIANI, F. VETRÒ, Torino, 2010.
- SCIARRINO V., *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, Milanofiori Assago, 2012.
- SEMPREVIVA M.T., SILVESTRO C., *Il nuovo provvedimento amministrativo*, Napoli, 2009.
- SICILIANO F., *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010.
- SIMIONATI A., *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato, nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009.
- SORACE D., *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2010.

SORACE D., CORPACI A., GASPARRI W., BRIANI R., *Giustizia amministrativa, materiali*, Padova, 2012.

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004.

SPAMPINATO B., *La nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale e in quello dell'Unione europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n.8/2011.

STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione europea, parte istituzionale*, Torino, 2013.

STICCHI DAMIANI S., *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo. Dal principio di supremazia ai principi di effettività ed equivalenza*, Torino, 2012.

TATTI S., *L'annullamento d'ufficio fra discrezionalità e doverosità*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n.1/2013.

TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010.

TESAURO G., *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2012.

TORIELLO F., *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000.

TORRICELLI S., *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

TRAMONTANO L., *La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Padova, 2008

TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006.

TRIMARCHI BANFI F., *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa, questioni attuali*, Torino, 2009.

USCHER J.A., *General Principles of EC Law*, London and New York, 1998.

VALAGUZZA S., *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008.

VESPERINI G., *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011.

VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa, ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008.

VIRGA P., *Diritto amministrativo*, Vol. I, *I Principi*, Milano, 2001.

VIRGA P., *Diritto amministrativo*, Vol. II, *Atti e ricorsi*, Milano, 2001.

VITALE G., *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea, l'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*, Catania, 2010.

VITALE G., *Principi generali e diritto derivato. Contributo allo studio del sistema delle fonti dell'Unione europea*, Torino, 2013.

WARD I., *A critical introduction to European Law*, Cambridge, 2009.

WEATHERILL S., *Cases & Materials on EU Law*, Oxford, 2010.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.

ZAMPETTI E., *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012.

ZICARO V., *L'atto amministrativo nazionale contrastante con il diritto europeo. Profili sostanziali e processuali*, Cosenza, 2012.